Manual de Direito Civil

VOLUME ÚNICO

O GEN | Grupo Editorial Nacional reúne as editoras Guanabara Koogan, Santos, Roca, AC Farmacêutica, Forense, Método, LTC, E.P.U. e Forense Universitária, que publicam nas áreas científica, técnica e profissional.

Essas empresas, respeitadas no mercado editorial, construíram catálogos inigualáveis, com obras que têm sido decisivas na formação acadêmica e no aperfeiçoamento de várias gerações de profissionais e de estudantes de Administração, Direito, Enfermagem, Engenharia, Fisioterapia, Medicina, Odontologia, Educação Física e muitas outras ciências, tendo se tornado sinônimo de seriedade e respeito.

Nossa missão é prover o melhor conteúdo científico e distribuí-lo de maneira flexível e conveniente, a preços justos, gerando benefícios e servindo a autores, docentes, livreiros, funcionários, colaboradores e acionistas.

Nosso comportamento ético incondicional e nossa responsabilidade social e ambiental são reforçados pela natureza educacional de nossa atividade, sem comprometer o crescimento contínuo e a rentabilidade do grupo.

Flávio Tartuce

Manual de Direito Civil

VOLUME ÚNICO

5.ª edição
revista, atualizada
e ampliada

SÃO PAULO

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

EDITORA MÉTODO LTDA.
  Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional
  Rua Dona Brígida, 701, Vila Mariana – 04111-081 – São Paulo – SP
  Tel.: (11) 5080-0770 / (21) 3543-0770 – Fax: (11) 5080-0714
  metodo@grupogen.com.br | www.editorametodo.com.br

- Capa: Rafael Molotievschi

- Produção digital: Geethik

- CIP – Brasil. Catalogação-na-fonte.
  Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

T198dm

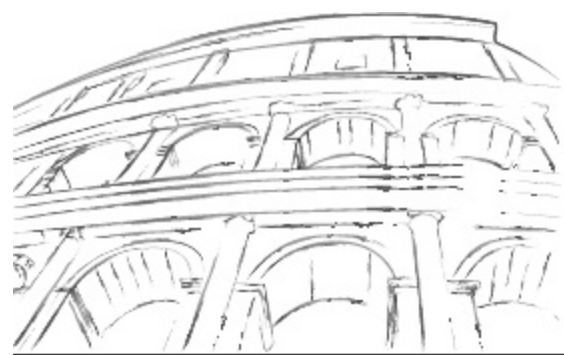
Tartuce, Flávio

Manual de direito civil: volume único / Flávio Tartuce. 5. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN 978-85-309-6210-4

1. Direito civil - Brasil. I. Título.

11-0307. CDU: 347(81)

Dedico esta obra aos juristas que, de forma direta ou indireta, influenciaram a minha formação acadêmica, como verdadeiros ***gurus intelectuais:*** *Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Maria Helena Diniz, Álv*aro Villaça Azevedo, José Fernando Simão, Gustavo Tepedino, Luiz Edson Fachin, Cláudia Lima Marques, Paulo Lôbo, José de Oliveira Ascensão, Rubens Limongi França, Sílvio Rodrigues, Zeno Veloso, Nelson N*ery Jr., Mário Luiz Delgado, Anderson Schreiber, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho*.

NOTA DO AUTOR À 5.ª EDIÇÃO

Este *Manual de Direito Civil* – Volume Único chega à sua 5.ª edição, depois ter sido muito bem recebido pelo público jurídico nacional. Alunos de graduação e de pós-graduação, concurseiros, professores, advogados e até julgadores utilizam a presente obra para a formação de sua convicção civilística e para fundamentar suas teses.

Diante do considerável número de exemplares vendidos nos últimos quatro anos, gostaria de agradecer a algumas pessoas que viabilizaram este projeto, direta e indiretamente.

Gostaria de agradecer às duas pessoas que me convenceram a escrever este estudo. De início, à minha esposa Léia Monteiro, que foi quem pensou no nome e como o livro deveria ser concebido. Com ela debati – e ainda debato – vários aspectos que formam este trabalho. É ela que tem de suportar os devaneios e as dificuldades de alguém com um peso muito grande a carregar. Como digo sempre, este livro foi e é sacrificante, pois, todos os anos, tenho que atualizar a obra de modo a atender às exigências dos meus leitores e também às minhas próprias exigências. A segunda pessoa a quem devo agradecer é o meu editor, Vauledir Ribeiro dos Santos, Diretor do Grupo Editorial Nacional, pessoa de enorme visão empresarial e responsável por lançar no mercado literário os principais nomes que compõem esta casa editorial. Este livro, sem dúvidas, tem o seu toque.

Também gostaria de agradecer aos meus *gurus intelectuais*, aos meus mestres, a quem a obra é dedicada. Não custa lembrar os nomes que formam o meu *DNA Jurídico*, meus professores de fato e de Direito. Então, uma nova saudação a Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, a Maria Helena Diniz, a Álvaro Villaça Azevedo, a José Fernando Simão, a Gustavo Tepedino, a Cláudia Lima Marques, a Paulo Lôbo, a José de Oliveira Ascensão, a Rubens Limongi França, a Sílvio Rodrigues, a Zeno Veloso, a Nelson Nery Jr., a Mário Luiz Delgado, a Anderson Schreiber e a Pablo Stolze Gagliano. Gostaria de acrescentar dois novos nomes, que passam a compor a dedicatória deste *Manual*, pelas inegáveis contribuições que têm realizado ao meu pensamento: os Professores Luiz Edson Fachin e Rodolfo Pamplona Filho.

Como de costume – e para atender aos citados anseios crescentes do exigente mercado editorial

jurídico nacional –, o livro foi revisto, atualizado e ampliado. Constam da edição de 2015 as leis emergentes no último ano, as principais decisões jurisprudenciais – sobretudo do Superior Tribunal de Justiça – e os mais notáveis livros doutrinários lançados e lidos em 2014.

Como nos anos anteriores, a atividade acadêmica e docente foi constante. Muitas aulas na FADISP (mestrado e doutorado), na EPD (graduação e pós-graduação *lato sensu*), na Rede LFG (concursos públicos), na AASP, na OAB e em Escolas da Magistratura (cursos de atualização). Destaco também os muitos eventos dos quais participei, dentre os quais o Congresso de Direito Civil Constitucional da UFPB (João Pessoa), o Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor – BRASILCON (Gramado), o Congresso Mundial de Direito de Família da ISFL (Recife), o VI Congresso Paulista de Direito de Família do IBDFAM (São Paulo), o II Congresso do IBDCivil (Curitiba) e o Colóquio Luso-Brasileiro "IBDFAM em Lisboa".

Além disso, profunda foi a atividade prática em consultas, pareceres e arbitragens. O ano de 2014 foi de múltiplos frutos, sendo preciso agradecer também aos meus alunos e especialmente à minha família pelo esteio intelectual, afetivo e emocional. Aos meus filhos Enzo e Laís, meu amor incondicional.

Espero que esse trabalho continue em 2015, para que este livro seja cada vez mais aprimorado.

Vila Mariana, São Paulo, outubro de 2014.

Nota da Editora: o Acordo Ortográfico foi aplicado integralmente nesta obra.

SUMÁRIO

1

ESTUDO DA LEI DE INTRODUÇÃO

1.1 PRIMEIRAS PALAVRAS SOBRE A LEI DE INTRODUÇÃO

A antiga Lei de Introdução ao Código Civil é o Decreto-lei 4.657, de 1942, conhecida anteriormente nos meios jurídicos pelas iniciais LICC. Trata-se de uma *norma de sobredireito*, ou seja, de uma norma jurídica que visa a regulamentar outras normas (leis sobre leis ou *lex legum*). O seu estudo sempre foi comum na disciplina de Direito Civil ou de Introdução ao Direito Privado, pela sua posição topográfica preliminar frente ao Código Civil de 1916. A tradição inicialmente foi mantida com o Código Civil de 2002, podendo a citada norma ser encontrada, de forma inaugural, nos comentários à atual codificação privada.[1] Por isso, questões relativas à matéria sempre foram e continuavam sendo solicitadas nas provas de Direito Civil.

Porém, apesar desse seu posicionamento metodológico, a verdade é que a antiga LICC não constituía uma norma exclusiva do Direito Privado. Por isso, e por bem, a recente Lei 12.376, de 30 de dezembro de 2010, alterou o seu nome de Lei de Introdução ao Código Civil para Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Isso porque, atualmente, a norma mais se aplica aos outros ramos do Direito do que ao próprio Direito Civil. Em outras palavras, o seu conteúdo interessa mais à Teoria Geral do Direito do que ao Direito Civil propriamente dito. Por questões didáticas e pelo momento de transição, na presente obra, a norma será denominada tão simplesmente de Lei de Introdução.

A Lei de Introdução possui dezenove artigos que trazem em seu conteúdo regras quanto à vigência das leis (arts. 1.º e 2.º), a respeito da aplicação da norma jurídica no tempo (arts. 3.º a 6.º), bem como no que concerne à sua subsistência no espaço, em especial nas questões de Direito Internacional (arts. 7.º a 19). Ademais, atribui-se à Lei de Introdução o papel de apontar as fontes do Direito Privado em complemento à própria lei. Não se pode esquecer que o art. 4.º da Lei de Introdução enuncia as *fontes formais secundárias*, aplicadas inicialmente na falta da lei: a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito.

Anote-se que a Lei de Introdução não faz parte do Código Civil de 2002, como também não era componente do Código Civil de 1916. Como se extrai, entre os clássicos, da obra de Serpa Lopes, ela é uma espécie de *lei anexa*, publicada originalmente em conjunto com o Código Civil para facilitar a sua aplicação.[2]

Feita essa análise preliminar, parte-se ao estudo do conteúdo da Lei de Introdução, aprofundando-se as questões que mais interessam ao estudioso do Direito Privado.

1.2 A LEI DE INTRODUÇÃO E A LEI COMO FONTE PRIMÁRIA DO DIREITO BRASILEIRO. A VIGÊNCIA DAS NORMAS JURÍDICAS (ARTS. 1.º E 2.º DA LEI DE INTRODUÇÃO)

O Direito Brasileiro sempre foi filiado à escola da *Civil Law*, de origem romano-germânica, pela qual a lei é *fonte primária* do sistema jurídico. Assim ainda o é, apesar de todo o movimento de valorização do costume jurisprudencial, notadamente pela emergência da súmula vinculante como fonte do direito, diante da Emenda Constitucional 45/2005. Como é notório, a alteração constitucional incluiu o art. 103-A no Texto Maior com a seguinte redação:

> "O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei".

Desse modo, haveria uma tendência de se caminhar para um sistema próximo à *Common Law*, em que os precedentes jurisprudenciais constituem a principal fonte do direito. Porém, conforme destaca Walber de Moura Agra, *as súmulas vinculantes não são leis, não tendo a mesma força dessas*.[3] A conclusão, portanto, é pela permanência, pelo menos por enquanto, de um sistema essencialmente legal. Como é notório, o princípio da legalidade está expresso no art. 5.º, inc. II, da Constituição Federal de 1988, pelo qual ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer algo senão em virtude da lei.

Conceito interessante de lei é aquele concebido por Goffredo Telles Jr., seguido pelo autor desta obra, no sentido de ser a norma jurídica *um imperativo autorizante*.[4] Trata-se de um imperativo, pois emanada de autoridade competente, sendo dirigida a todos (*generalidade*). Constitui um *autorizamento*, pois autoriza ou não autoriza determinadas condutas. Tal preciosa construção pode ser seguida por todos os estudiosos do Direito, desde o estudante de graduação que se inicia, até o mais experiente jurista ou professor do Direito.

Apesar de a lei ser a fonte primária do Direito, não se pode conceber um *Estado Legal puro*, em que a norma jurídica acaba sendo o fim ou o teto para as soluções jurídicas. Na verdade, a norma jurídica é apenas o começo, o ponto de partida, ou seja, o piso mínimo para os debates jurídicos e para a solução dos casos concretos. Vige o *Estado de Direito*, em que outros parâmetros devem ser levados em conta pelo intérprete do Direito. Em outras palavras, não se pode conceber que a aplicação da lei descabe para o mais exagerado *legalismo*, conforme se extrai das palavras de Sérgio Resende de Barros a seguir destacadas:

> "Desse modo, com inspiração em Carré de Malberg, pode-se e deve-se distinguir o Estado de direito do Estado de legalidade. O que ele chamou de Estado 'legal' hoje se pode chamar de Estado de legalidade: degeneração do Estado de direito, que põe em risco a justa atuação da lei na enunciação e concreção dos valores sociais como direitos individuais, coletivos, difusos. No mero Estado de Legalidade, a lei é editada e aplicada sem levar em conta o resultado, ou seja, sem considerar se daí resulta uma injusta opressão dos direitos. Impera o legalismo, que é a forma mais sutil de autoritarismo, na qual o espírito autoritário se aninha e se disfarça na própria lei. O processo legislativo atende à conveniência política do poderoso do momento, quando não é este *in persona* quem edita a norma 'provisoriamente'."[5]

Pois bem, sendo concebida a lei como fonte do direito – mas não como a única e exclusiva –, a Lei de Introdução consagra no seu início regras relativas à sua vigência. De início, o art. 1.º, *caput*, da Lei de Introdução, enuncia que "Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada". Nos termos do art. 8.º, § 1.º, da Lei Complementar 95/1998, a contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabelecem período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral. Como aponta a doutrina, não interessa se a data final seja um feriado ou final de semana, entrando em vigor a norma mesmo assim, ou seja, a data não é prorrogada para o dia seguinte.[6]

Esclarecendo, a lei passa por três fases fundamentais para que tenha validade e eficácia as de *elaboração*, *promulgação* e *publicação*. Depois vem o prazo de vacância, geralmente previsto na própria norma. Isso ocorreu com o Código Civil de 2002, com a previsão do prazo de um ano a partir da publicação (art. 2.044 do CC/2002). De acordo com o entendimento majoritário, inclusive da jurisprudência nacional, a atual codificação privada entrou em vigor no dia 11 de janeiro de 2003, levando-se em conta a contagem dia a dia (nesse sentido, ver: STJ, AgRg no REsp 1.052.779/SC, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, j. 27.10.2009, *DJe* 19.11.2009; REsp

1.032.952/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 17.03.2009, *DJe* 26.03.2009 e EDcl no AgRg no REsp 1.010.158/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, j. 23.09.2008, *DJe* 06.11.2008).

De acordo com o art. 1.º, § 1.º, da Lei de Introdução, a obrigatoriedade da norma brasileira passa a vigorar, nos Estados estrangeiros, três meses após a publicação oficial em nosso País, previsão esta de maior interesse ao Direito Internacional Público.

Ainda quanto à vigência das leis, destaque-se que o art. 1.º, § 2.º, da Lei de Introdução foi revogado pela Lei 12.036/2009. Previa o comando: "A vigência das leis, que os Governos Estaduais elaborem por autorização do Governo Federal, depende da aprovação deste e começa no prazo que a legislação estadual fixar". Segundo aponta Gustavo Mônaco, professor da Universidade de São Paulo, o dispositivo foi revogado, pondo fim à dúvida doutrinária sobre a sua recepção pela Constituição Federal de 1988, diante de suposto desrespeito à tripartição dos poderes.[7]

Em havendo *norma corretiva*, mediante nova publicação do texto legal, os prazos mencionados devem correr a partir da nova publicação (art. 1.º, § 3.º, da Lei de Introdução). A *norma corretiva* é aquela que existe para afastar equívocos importantes cometidos pelo texto legal, sendo certo que as correções do texto de lei já em vigor devem ser consideradas como sendo lei nova.

O art. 2.º da Lei de Introdução consagra o *princípio da continuidade da lei*, pelo qual a norma, a partir da sua entrada em vigor, tem eficácia contínua, até que outra a modifique ou revogue. Dessa forma, tem-se a regra do fim da obrigatoriedade da lei, além do caso de ter a mesma vigência temporária.

Contudo, não se fixando este prazo, prolongam-se a obrigatoriedade e o princípio da continuidade até que a lei seja modificada ou revogada por outra (art. 2.º, *caput*, da Lei de Introdução). A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior (art. 2.º, § 1.º). Entretanto, a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior (art. 2.º, § 2.º). Vejamos dois exemplos concretos.

Inicialmente, imagine-se o caso do Código Civil de 2002, que dispôs expressamente e de forma completa sobre o condomínio edilício, entre os seus arts. 1.331 a 1.358. Por tal tratamento, deve ser tida como revogada a Lei 4.591/1964, naquilo que regulava o assunto (arts. 1.º a 27). Trata-se de aplicação da segunda parte do art. 2.º, § 1.º, da Lei de Introdução, o que vem sendo confirmado pela jurisprudência nacional (STJ, REsp 746.589/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Guimarães Passarinho Junior, j. 15.08.2006, *DJU* 18.09.2006, p. 327).

Como segundo exemplo temos a incidência do art. 2.º, § 2.º, da Lei de Introdução na seguinte conclusão: o Código Civil dispôs de forma especial sobre a locação (arts. 565 a 578), não prejudicando a lei especial anterior que dispunha sobre a locação imobiliária, permanecendo esta

incólume (Lei 8.245/1991). Tanto isso é verdade que foi introduzida na codificação emergente uma norma de direito intertemporal, prevendo que a locação de prédio urbano que esteja sujeita à lei especial, por esta continua a ser regida (art. 2.036 do CC/2002).

Pois bem, pelo que consta do art. 2.º da Lei de Introdução, o meio mais comum para se retirar a eficácia de uma norma jurídica é a sua revogação, o que pode ocorrer sob duas formas, classificadas quanto à sua extensão:

a) *Revogação total* ou *ab-rogação* – ocorre quando se torna sem efeito uma norma de forma integral, com a supressão total d seu texto por uma norma emergente. Exemplo ocorreu com o Código Civil de 1916, pelo que consta do art. 2.045, primeira parte, do CC/2002.
b) *Revogação parcial* ou *derrogação* – uma lei nova torna sem efeito parte de uma lei anterior, como se deu em face da part primeira do Código Comercial de 1850, conforme está previsto no mesmo art. 2.045, segunda parte, do CC.

No que concerne ao modo, as duas modalidades de revogação analisadas podem ser assim classificadas:

a) *Revogação expressa (ou por via direta)* – situação em que a lei nova taxativamente declara revogada a lei anterior ou aponta os dispositivos que pretende retirar. Conforme previsão do art. 9.º da Lei Complementar 95/1998, "a cláusula de revogação deverá enumerar expressamente a lei ou disposições revogadas". O respeito, em parte, em relação a tal dispositivo especial pode ser percebido pela leitura do citado art. 2.045 do Código Civil, pelo qual "revogam-se a Lei 3.071, de 1.º de janeiro de 1916 – Código Civil e a Primeira Parte do Código Comercial, Lei 556, de 25 de junho de 1850". Entretanto, o atual Código Civil permaneceu silente a respeito da revogação ou não de algumas leis especiais como a Lei do Divórcio (Lei 6.515/1977), a Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973), a Lei de Condomínio e Incorporação (Lei 4.591/1967), entre outras. Nesse último ponto residem críticas ao Código Civil de 2002, por ter desobedecido à orientação anterior. A questão da revogação das leis especiais anteriores deve ser analisada caso a caso.
b) *Revogação tácita (ou por via oblíqua)* – situação em que a lei posterior é incompatível com a anterior, não havendo previs expressa no texto a respeito da sua revogação. O Código Civil de 2002 não trata da revogação de leis especiais, devendo ser aplicada a revogação parcial tácita que parece constar do seu art. 2.043 do CC: "Até que por outra forma se disciplinem, continuam em vigor as disposições de natureza processual, administrativa ou penal, constantes de leis cujos preceitos de natureza civil hajam sido incorporados a este Código". Assim, vários preceitos materiais de leis especiais, como a Lei do Divórcio (Lei 6.515/1973), foram incorporados pelo atual Código Civil, permanecendo em vigor os seus preceitos processuais, trazendo a conclusão da sua revogação parcial, por via oblíqua.

Muito importante lembrar que o art. 2.º, § 3.º, da Lei de Introdução, afasta a possibilidade da lei revogada anteriormente *repristinar*, salvo disposição expressa em lei em sentido contrário. O *efeito repristinatório* é aquele pelo qual *uma norma revogada volta a valer no caso de revogação da sua revogadora*.

Esclarecendo:

1) Norma A – válida.
2) Norma B revoga a norma A.

3) Norma C revoga a norma B.

4) A Norma A (revogada) volta a valer com a revogação (por C) da sua revogadora (B)?

5) Resposta: Não. Porque não se admite o efeito repristinatório automático.

Contudo, excepcionalmente, a lei revogada volta a viger quando a lei revogadora for declarada inconstitucional ou quando for concedida a suspensão cautelar da eficácia da norma impugnada – art. 11, § 2.º, da Lei 9.868/1999. Também voltará a viger quando, não sendo situação de inconstitucionalidade, o legislador assim o determinar expressamente. Em suma, são possíveis duas situações. A primeira delas é aquela em que o *efeito repristinatório decorre da declaração de inconstitucionalidade* da lei. A segunda é o efeito *repristinatório previsto pela própria norma jurídica*. Como exemplo da primeira hipótese, pode ser transcrito o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> "Contribuição previdenciária patronal. Empresa agroindustrial. Inconstitucionalidade. Efeito repristinatório. Lei de Introdução ao Código Civil. 1. A declaração de inconstitucionalidade em tese, ao excluir do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida, conduz à restauração de eficácia das leis e das normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional. 2. Sendo nula e, portanto, desprovida de eficácia jurídica a lei inconstitucional, decorre daí que a decisão declaratória da inconstitucionalidade produz efeitos repristinatórios. 3. O chamado efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade não se confunde com a repristinação prevista no artigo 2.º, § 3.º, da LICC, sobretudo porque, no primeiro caso, sequer há revogação no plano jurídico. 4. Recurso especial a que se nega provimento" (STJ, 2.ª T., REsp 517.789/AL, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 08.06.2004, *DJ* 13.06.2005, p. 236).

A encerrar o estudo da matéria de vigência das normas jurídicas, vejamos as suas principais características e a sua aplicação concreta.

1.3 CARACTERÍSTICAS DA NORMA JURÍDICA E SUA APLICAÇÃO. ANÁLISE DO ART. 3.º DA LEI DE INTRODUÇÃO

A lei, como fonte primária do Direito brasileiro, tem as seguintes características básicas:

a) *Generalidade* – a norma jurídica dirige-se a todos os cidadãos, sem qualquer distinção, tendo eficácia *erga omnes*.

b) *Imperatividade* – a norma jurídica é um imperativo, impondo deveres e condutas para os membros da coletividade.

c) *Permanência* – a lei perdura até que seja revogada por outra ou perca a eficácia.

d) *Competência* – a norma, para valer contra todos, deve emanar de autoridade competente, com o respeito ao processo de elaboração.

e) *Autorizante* – o conceito contemporâneo de norma jurídica traz a ideia de um *autorizamento* (a norma autoriza ou não autor determinada conduta), estando superada a tese de que não há norma sem sanção (Hans Kelsen).

Como outra característica básica, está consagrado no art. 3.º da Lei de Introdução *o princípio*

da obrigatoriedade da norma, pelo qual ninguém pode deixar de cumprir a lei alegando não conhecê-la. Três são as correntes doutrinárias que procuram justificar o conteúdo da norma:

a) *Teoria da ficção legal*, eis que a obrigatoriedade foi instituída pelo ordenamento para a segurança jurídica.[8]
b) *Teoria da presunção absoluta*, pela qual haveria uma dedução *iure et de iure* de que todos conhecem as leis.[9]
c) *Teoria da necessidade social*, amparada, segundo Maria Helena Diniz, na premissa "de que as normas devem ser conhecid para que melhor sejam observadas", a gerar o *princípio da vigência sincrônica da lei*.[10]

A última das teorias parece melhor convencer. De fato, não merece alento a tese da *ficção legal*, pela qual a obrigatoriedade é um comando criado pela lei e dirigida a todos; muito menos a teoria pela qual há uma *presunção absoluta* (*iure et iure*) de que todos conhecem o teor da norma, a partir da sua publicação. Sobre a tese da presunção, comenta Zeno Veloso, com razão e filiado à *teoria da necessidade social:*

> "Não se deve concluir que o aludido art. 3.º da LICC está expressando uma presunção de que todos conhecem as leis. Quem acha isto está conferindo a pecha de inepto ou insensato ao legislador. E ele não é estúpido. Num País em que há um excesso legislativo, uma superprodução de leis, que a todos atormenta, assombra e confunde – sem contar o número enormíssimo de medidas provisórias –, presumir que todas as leis são conhecidas por todo mundo agrediria a realidade".[11]

Em reforço, constata-se que *o princípio da obrigatoriedade das leis não pode ser visto como um preceito absoluto*, havendo claro abrandamento no Código Civil de 2002. Isso porque o art. 139, III, da codificação em vigor admite a existência de erro substancial quando a falsa noção estiver relacionada com um erro de direito (*error iuris*), desde que este seja única causa para a celebração de um negócio jurídico e que não haja desobediência à lei. Alerte-se, em complemento, que a Lei de Contravenções Penais já previa o erro de direito como justificativa para o descumprimento da norma (art. 8.º).

Pois bem, não há qualquer conflito entre o art. 3.º da Lei de Introdução e o citado art. 139, III, do CC, que possibilita a anulabilidade do negócio jurídico pela presença do erro de direito, conforme previsão do seu art. 171. A primeira norma – Lei de Introdução – é geral, apesar da discussão da sua eficácia, enquanto a segunda – Código Civil – é especial, devendo prevalecer. Concluindo, havendo erro de direito a acometer um determinado negócio ou ato jurídico, proposta a ação específica no prazo decadencial de quatro anos contados da sua celebração (art. 178, II, do CC), haverá o reconhecimento da sua anulabilidade. Ilustrando, trazendo interessante conclusão de aplicação do erro de direito, da jurisprudência trabalhista:

> "Anulação – Erro de direito (art. 139, III, CC) – A concessão de benefício (assistência médica suplementar) previsto em acordo coletivo de trabalho calcada em regulamento já revogado traduz negócio jurídico eivado por erro substancial a autorizar sua supressão quando detectado o equívoco" (TRT 2.ª Região, Recurso Ordinário 2.032, Acórdão 20070028367,

7.ª Turma, Rel.ª Juíza Cátia Lungov, j. 01.02.2007, *DOESP* 09.02.2007).

Em complemento, a concretizar o erro de direito, cite-se julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo que anulou acordo celebrado na extinta separação judicial diante de engano cometido pelo marido, "que destina à esposa, no acordo de separação, bens incomunicáveis seus" (TJSP, Apelação Cível 192.355-4/1-00, Rio Claro, 4.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 02.02.2006).

1.4 AS FORMAS DE INTEGRAÇÃO DA NORMA JURÍDICA. ART. 4.º DA LEI DE INTRODUÇÃO

"*O Direito não é lacunoso, mas há lacunas*."[12]

A frase acima pode parecer um paradoxo sem sentido, mas não o é. A construção reproduzida é perfeita. O sistema jurídico constitui um sistema aberto, no qual há lacunas, conforme elucida Maria Helena Diniz em sua clássica obra *As lacunas no direito*.[13] Entretanto, de acordo com as suas lições, as lacunas não são do direito, mas da lei, omissa em alguns casos. Há um *dever do aplicador do direito de corrigir as lacunas* (vedação do *não julgamento ou do non liquet*), extraído do art. 126 do Código de Processo Civil, pelo qual "O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito".[14]

A propósito da classificação das lacunas, é perfeita a construção criada por Maria Helena Diniz, a saber:

- *Lacuna normativa*: ausência total de norma prevista para um determinado caso concreto.
- *Lacuna ontológica*: presença de norma para o caso concreto, mas que não tenha eficácia social.
- *Lacuna axiológica*: presença de norma para o caso concreto, mas cuja aplicação seja insatisfatória ou injusta.
- *Lacuna de conflito ou antinomia*: choque de duas ou mais normas válidas, pendente de solução no caso concreto. As antinomias serão estudadas oportunamente, em seção própria.[15]

Presentes as lacunas, deverão ser utilizadas as formas de *integração da norma jurídica, tidas como ferramentas de correção do sistema, constantes dos arts. 4.º e 5.º da* Lei de Introdução. Anote-se que *a integração não se confunde com a subsunção*, sendo a última a aplicação direta da norma jurídica a um determinado tipo ou *fattispecie*. O art. 4.º da Lei de Introdução enuncia que quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

A primeira dúvida concreta que surge em relação ao comando legal é se a ordem nele prevista

deve ou não ser rigorosamente obedecida.

Em uma visão clássica, a resposta é positiva. Filiado a essa corrente, pode ser citado, entre tantos outros, Sílvio Rodrigues, para quem "No silêncio da lei, portanto, deve o julgador, na ordem mencionada, lançar mão desses recursos, para não deixar insolvida a demanda".[16] No mesmo sentido, posiciona-se Rubens Limongi França.[17]

Todavia, até pode-se afirmar que essa continua sendo a regra, mas nem sempre o respeito a essa ordem deverá ocorrer, diante da força normativa e coercitiva dos princípios, notadamente daqueles de índole constitucional. Como é notório, a Constituição Federal de 1988 prevê no seu art. 5.º, § 1.º, que as normas que definem direitos fundamentais – muitas geradoras de princípios estruturantes do sistema jurídico –, têm aplicação imediata. Trata-se da *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*, mecanismo festejado por muitos constitucionalistas, caso de Daniel Sarmento que leciona:

> "Fala-se em eficácia horizontal dos direitos fundamentais, para sublinhar o fato de que tais direitos não regulam apenas as relações verticais de poder que se estabelecem entre Estado e cidadão, mas incidem também sobre relações mantidas entre pessoas e entidades não estatais, que se encontram em posição de igualdade formal".[18]

A exemplificar, em casos que envolvem a proteção da dignidade humana (art. 1.º, III, da CF/1988), não se pode dizer que esse princípio será aplicado somente após o emprego da analogia e dos costumes e, ainda, se não houver norma prevista para o caso concreto. Em suma, os princípios constitucionais não podem mais ser vistos somente como último recurso de integração da norma jurídica, como acreditavam os juristas clássicos.

Consigne-se, como reforço, o trabalho de Paulo Bonavides, que apontou a constitucionalização dos princípios gerais do direito, bem como o fato de que os princípios fundamentam o sistema jurídico, sendo também normas primárias.[19] Em suma, deve-se reconhecer eficácia normativa imediata aos princípios, em alguns casos, particularmente naqueles que envolvem os direitos fundamentais da pessoa, ou de personalidade. Isso porque com o Estado Democrático de Direito houve a *transposição dos princípios gerais de direito para princípios constitucionais fundamentais*.

Entre os próprios civilistas se contesta o teor do art. 4.º da Lei de Introdução e até mesmo a sua aplicação. Gustavo Tepedino, por exemplo, ensina que:

> "A civilística brasileira mostra-se resistente às mudanças históricas que carrearam a aproximação entre o direito constitucional e as relações jurídicas privadas. Para o direito civil, os princípios constitucionais equivaleriam a normas políticas, destinadas ao legislador e, apenas excepcionalmente, ao intérprete, que delas poderia timidamente se utilizar, nos termos do art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, como meio de confirmação ou de legitimação de um princípio geral de direito. Mostra-se de evidência intuitiva o equívoco de tal concepção, ainda hoje difusamente adotada no

Brasil, que acaba por relegar a norma constitucional, situada no vértice do sistema, a elemento de integração subsidiário, aplicável apenas na ausência de norma ordinária específica e após terem sido frustradas as tentativas, pelo intérprete, de fazer uso da analogia e de regra consuetudinária. Trata-se, em uma palavra, de verdadeira subversão hermenêutica. O entendimento mostra-se, no entanto, bastante coerente com a lógica do individualismo oitocentista, sendo indiscutível o papel predominante que o Código Civil desempenhava com referência normativa exclusiva no âmbito das relações de direito privado".[20]

Em síntese, compreendemos que aqueles que seguem a escola do *Direito Civil Constitucional*, procurando analisar o Direito Civil a partir dos parâmetros constitucionais, realidade atual do Direito Privado brasileiro, não podem ser favoráveis à aplicação obrigatória da ordem constante do art. 4.º da Lei de Introdução de forma rígida e incontestável. Esse último entendimento é o que deve prevalecer na visão contemporânea do Direito Civil Brasileiro.

Superado esse esclarecimento inicial, parte-se ao estudo específico das formas de integração da norma jurídica, ferramentas de correção do sistema.

1.4.1 A analogia

A analogia é a aplicação de uma norma próxima ou de um conjunto de normas próximas, não havendo uma norma prevista para um determinado caso concreto. Dessa forma, sendo omissa uma norma jurídica para um dado caso concreto, deve o aplicador do direito procurar alento no próprio ordenamento jurídico, permitida a aplicação de uma norma além do seu campo inicial de atuação.

Como exemplo de aplicação da analogia, prevê o art. 499 do CC que é lícita a venda de bens entre cônjuges quanto aos bens excluídos da comunhão. Como a norma não é, pelo menos diretamente, restritiva da liberdade contratual, não há qualquer óbice de se afirmar que é lícita a compra e venda entre *companheiros* quanto aos bens excluídos da comunhão. Destaque-se que, em regra, o regime de bens do casamento é o mesmo da união estável, qual seja, o da comunhão parcial de bens (arts. 1.640 e 1.725 do CC).

Outro exemplo de aplicação da analogia era a incidência do Decreto-lei 2.681/1912, antes do Código Civil de 2002. Previa esse decreto a responsabilidade civil objetiva das empresas de estradas de ferro. Por ausência de lei específica, esse dispositivo legal passou a ser aplicado a todos os tipos de contrato de transporte terrestre. Por uma questão lógica, e pela presença de lacuna normativa, tal comando legal passou a incidir em ocorrências envolvendo bondes, ônibus, caminhões, automóveis, motos e outros meios de transporte terrestre. Frise-se, porém, que não há mais a necessidade de socorro à analogia para tais casos, eis que o Código Civil atual traz o transporte como contrato típico. Observe-se que continua consagrada a responsabilidade objetiva do transportador, pelo que consta dos arts. 734 (transporte de pessoas) e 750 (transporte de coisas) da atual codificação.

A analogia pode ser assim classificada, na esteira da melhor doutrina:

a) *Analogia legal ou legis* – é a aplicação de somente uma norma próxima, como ocorre nos exemplos citados.
b) *Analogia jurídica ou iuris* – é a aplicação de um conjunto de normas próximas, extraindo elementos que possibilitem a analogia. Exemplo: aplicação por analogia das regras da ação reivindicatória para a ação de imissão de posse (TJMG, Agravo Interno 1.0027.09.183171-2/0011, Betim, 16.ª Câmara Cível, Rel. Des. Wagner Wilson, j. 12.08.2009, *DJEMG* 28.08.2009).

Não se pode confundir a aplicação da analogia com a interpretação extensiva. No primeiro caso, rompe-se com os limites do que está previsto na norma, havendo *integração* da norma jurídica. Na interpretação extensiva, apenas amplia-se o seu sentido, havendo *subsunção*.

Vejamos um exemplo prático envolvendo o Código Civil em vigor.

O art. 157 do CC consagra como vício ou defeito do negócio jurídico a *lesão*, presente quando a pessoa, por premente necessidade ou inexperiência, submete-se a uma situação desproporcional por meio de um negócio jurídico. O art. 171, II, da atual codificação, prevê que tal negócio é anulável, desde que proposta a ação anulatória no prazo decadencial de quatro anos contados da sua celebração (art. 178, II). Entretanto, conforme o § 2.º do art. 157, pode-se percorrer o caminho da revisão do negócio, se a parte beneficiada com a desproporção oferecer suplemento suficiente para equilibrar o negócio. Recomenda-se sempre a revisão do contrato em casos tais, prestigiando-se a conservação do negócio jurídico e a função social dos contratos.

Pois bem, vejamos duas hipóteses:

– *Hipótese 1*. Aplicação do art. 157, § 2.º, do CC, para a *lesão usurária*, prevista no Decreto-lei 22.626/1933 (Lei de Usura). Nessa hipótese haverá *interpretação extensiva*, pois o dispositivo somente será aplicado a outro caso de lesão. Amplia-se o sentido da norma, não rompendo os seus limites (*subsunção*).
– *Hipótese 2*. Aplicação do art. 157, § 2.º, do CC, para o *estado de perigo* (art. 156 do CC). Nesse caso, haverá aplicação da *analogia*, pois o comando legal em questão está sendo aplicado a outro instituto jurídico (*integração*). Nesse sentido, prevê o Enunciado n. 148 do CJF/STJ, da *III Jornada de Direito Civil*, que: "Ao 'estado de perigo' (art. 156) aplica-se, por analogia, o disposto no § 2.º do art. 157".

Muitas vezes, porém, podem existir confusões, não havendo *fórmula mágica* para apontar se uma determinada situação envolve a aplicação da analogia ou da interpretação extensiva, devendo as situações concretas ser analisadas caso a caso.

Regra importante que deve ser captada é que as normas de exceção ou *normas excepcionais* não admitem analogia ou interpretação extensiva.[21] Entre essas podem ser citadas as normas que restringem a autonomia privada que, do mesmo modo não admitem socorro a tais artifícios, salvo para proteger vulnerável ou um valor fundamental. A ilustrar, imagine-se que um pai quer hipotecar um imóvel em favor de um de seus filhos. Para tanto, haverá necessidade de autorização dos demais

filhos? A resposta é negativa, pela ausência de tal requisito previsto em lei. Na verdade, há regra que exige tal autorização para a *venda* entre pais e filhos (ascendentes e descendentes), sob pena de anulabilidade (art. 496 do CC). A norma não pode ser aplicada por analogia para a hipoteca, salvo para proteger um filho incapaz, por exemplo.

1.4.2 Os costumes

Desde os primórdios do direito, os costumes desfrutam de larga projeção jurídica. No passado havia certa escassez de leis escritas, realidade ainda hoje presente nos países baseados no sistema da *Common Law*, caso da Inglaterra. Em alguns ramos jurídicos, o costume assume papel vital, como ocorre no Direito Internacional Privado (*Lex Mercatoria)*.

Os costumes podem ser conceituados como sendo as práticas e usos reiterados com conteúdo lícito e relevância jurídica. Os costumes, assim, são formados, além da reiteração, por um conteúdo lícito, conceito adaptado ao que consta no Código Civil de 2002. Isso porque em vários dos dispositivos da novel codificação é encontrada referência aos *bons costumes*, constituindo seu desrespeito abuso de direito, uma espécie de ilícito, pela previsão do seu art. 187. Também há menção aos bons costumes no art. 13 do CC, regra relacionada com os direitos da personalidade, pela qual "Salvo por exigência médica, é defeso ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes".

Os costumes podem ser assim classificados:

a) *Costumes segundo a lei (secundum legem)* – incidem quando há referência expressa aos costumes no texto legal, como ocorre nos artigos da codificação antes citados (arts. 13 e 187 do CC/2002). Na aplicação dos costumes *secundum legem*, não há *integração*, mas *subsunção*, eis que a própria norma jurídica é que é aplicada.

b) *Costumes na falta da lei (praeter legem)* – aplicados quando a lei for omissa, sendo denominado *costume integrativo*, eis q ocorre a utilização propriamente dita dessa ferramenta de correção do sistema. Exemplo de aplicação do costume *praeter legem* é o reconhecimento da validade do cheque *pós-datado* ou *pré-datado*. Como não há lei proibindo a emissão de cheque com data para depósito e tendo em vista as práticas comerciais, reconheceu-se a possibilidade de quebrar com a regra pela qual esse título de crédito é ordem de pagamento à vista. Tanto isso é verdade que a jurisprudência reconhece o dever de indenizar quando o cheque é depositado antes do prazo assinalado. Nesse sentido, a Súmula 370 do STJ prescreve: "Caracteriza dano moral a apresentação antecipada do cheque pré-datado".

c) *Costumes contra a lei (contra legem)* – incidem quando a aplicação dos costumes contraria o que dispõe a lei. Entendemos que, pelo que consta no Código Civil em vigor, especificamente pela proibição do abuso de direito (art. 187 do CC), não se pode admitir, em regra, a aplicação dos costumes *contra legem*. Eventualmente, havendo desuso da lei poderá o costume ser aplicado, o que não é pacífico. Também aqui, por regra, não há que se falar em integração.

Na visão clássica do Direito Civil, os costumes teriam requisitos para aplicação como fonte do direito. Rubens Limongi França apresenta cinco, a saber: *a) continuidade; b) uniformidade; c) diuturnidade; d) moralidade; e) obrigatoriedade*.[22] Resumindo, afirma o jurista que "é necessário

que o costume esteja arraigado na consciência popular após a sua prática durante um tempo considerável, e, além disso, goze da reputação de imprescindível norma costumeira”.[23]

Por fim, destaque-se que a jurisprudência consolidada pode constituir elemento integrador do costume (*costume judiciário* ou *jurisprudencial*). Como exemplo, podem ser citados os entendimentos constantes em súmulas dos Tribunais Superiores (*v.g.* STF, STJ e TST). A decisão a seguir, do Superior Tribunal de Justiça, traz interessante exemplo de extensão do costume judiciário em questão envolvendo o direito processual civil:

> “Embargos de declaração. Agravo regimental contra decisão que negou seguimento a agravo de instrumento por ausência de certidão de intimação do acórdão recorrido. Súmula nº 223 desta corte superior. Artigo 544, § 1.º, do Código de Processo Civil. Artigo 5.º, Inciso II, da Constituição Federal. Omissão e obscuridade inexistentes. Não há choque entre a Súmula n.º 223 do Superior Tribunal de Justiça e o princípio insculpido no artigo 5.º, inciso II, da Constituição Federal. A repetição constante de certos julgados, de forma pacífica, surgida com a necessidade de regular uma situação não prevista de forma expressa na legislação, encerra um elemento de generalidade, pois cria o que se pode chamar de costume judiciário, que, muitas vezes, dá ensejo à edição, pelos Tribunais, dos Enunciados de Súmula, os quais, embora não tenham caráter obrigatório, são acatados em razão dos princípios da segurança jurídica e economia processual. Se de modo uniforme o órgão colegiado tem entendido ser necessária a certidão de intimação do acórdão recorrido (Súmula n.º 223/Superior Tribunal de Justiça), assim o faz levando em conta os pressupostos recursais, no que se refere às peças essenciais, uma vez que, como se sabe, o questionado artigo do Código de Processo Civil não apresenta hipóteses *numerus clausus*, mas é apenas exemplificativo. A decisão judicial volta-se para a composição de litígios. Não é peça teórica ou acadêmica. Contenta-se o sistema com o desate da lide segundo a *res iudicium deducta*, o que se deu, no caso ora em exame. ‘É incabível, nos declaratórios, rever a decisão anterior, reexaminando ponto sobre o qual já houve pronunciamento, com inversão, em consequência, do resultado final. Nesse caso, há alteração substancial do julgado, o que foge ao disposto no art. 535 e incisos do CPC’ (RSTJ 30/412). Embargos de declaração rejeitados. Decisão unânime” (STJ, Embargos de Declaração no Agravo Regimental 280.797/SP, 2.ª Turma, Rel. Min. Domingos Franciulli Netto, j. 16.11.2000, *DJU* 05.03.2001, p. 147).

Sendo analisados os costumes, parte-se ao estudo dos princípios gerais do Direito, uma das mais importantes fontes do Direito na atualidade.

1.4.3 Os princípios gerais de Direito

O conceito de princípio constitui construção básica muitas vezes não conhecida pelos aplicadores do direito. Vejamos algumas construções doutrinárias que podem ser úteis ao estudioso no seu *dia a dia jurídico*.

- Conceito da *Enciclopédia Saraiva de Direito*, obra clássica do século XX, em verbete elaborado pelo jurista alagoano Sílvio de Macedo: “a palavra princípio vem de *principium*, que significa início, começo, ponto de partida, origem. Em linguagem científica princípio quer dizer fundamento, causa, estrutura. O termo foi introduzido na filosofia por Anaximandro de Mileto, filósofo pré-socrático, que viveu entre 610 a 547 a.C”.[24]
- Miguel Reale: “Os princípios são ‘verdades fundantes’ de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como

pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da *praxis*”.[25]

- José de Oliveira Ascensão: “Os princípios são as grandes orientações formais da ordem jurídica brasileira, que fundam e unificam normas e soluções singulares”.[26]
- Francisco Amaral: “Os princípios jurídicos são pensamentos diretores de uma regulamentação jurídica. São critérios para a ação e para a constituição de normas e modelos jurídicos. Como diretrizes gerais e básicas, fundamentam e dão unidade a um sistema ou a uma instituição. O direito, como sistema, seria assim um conjunto ordenado segundo princípios”.[27]
- Maria Helena Diniz: os princípios são “cânones que não foram ditados, explicitamente, pelo elaborador da norma, mas que estão contidos de forma imanente no ordenamento jurídico. Observa Jeanneau que os princípios não têm existência própria, estão ínsitos no sistema, mas é o juiz que, ao descobri-los, lhes dá força e vida. Esses princípios que servem de base para preencher lacunas não podem opor-se às disposições do ordenamento jurídico, pois devem fundar-se na natureza do sistema jurídico, que deve apresentar-se como um ‘organismo’ lógico, capaz de conter uma solução segura para o caso duvidoso”.[28]
- Nelson Nery Jr. e Rosa Nery: “Princípios gerais de direito. São regras de conduta que norteiam o juiz na interpretação da norma, do ato ou negócio jurídico. Os princípios gerais de direito não se encontram positivados no sistema normativo. São regras estáticas que carecem de concreção. Têm como função principal auxiliar o juiz no preenchimento das lacunas”.[29]

Vislumbradas tais definições, constata-se que confrontados com as normas jurídicas, os princípios são mais amplos, abstratos, muitas vezes com posição definida na Constituição Federal. São esses os pontos que os diferenciam das normas, dotadas de concretismo – denota-se um *alto grau de concretude* –, de uma posição de firmeza, em oposição ao nexo deôntico relativo que acompanha os princípios.

Ambos os conceitos – de princípios e normas – apontam as decisões particulares a serem tomadas no caso prático pelo aplicador do direito, existindo diferença somente em relação ao caráter da informação que fornecem. As normas deverão ser sempre aplicadas, sob pena de suportar consequências jurídicas determinadas previamente.

Pois bem, o próprio art. 5.º da Lei de Introdução traz em seu bojo um princípio: o do fim social da norma. O magistrado, na aplicação da lei, deve ser guiado pela sua função ou fim social e pelo objetivo de alcançar o bem comum (a pacificação social). O comando legal é fundamental, ainda, por ser critério hermenêutico, a apontar a correta conclusão a respeito uma determinada lei que surge para a sociedade. Ilustrando, entrou em vigor no Brasil, no ano de 2007, a lei que possibilita o divórcio e o inventário extrajudiciais (Lei 11.441/2007, que introduziu o art. 1.124-A no CPC). Como finalidades da nova norma, a guiar o intérprete, podem ser apontadas a *desjudicialização dos conflitos (fuga do Judiciário)*, a redução de formalidades e de burocracia, a simplicidade, a facilitação de extinção dos vínculos familiares, entre outras.

Historicamente, não se pode esquecer que os princípios já estavam previstos como forma de integração da norma no direito romano, de acordo com as regras criadas pelo imperador, as *leges*, entre 284 a 568 d.C. Nesse sentido, não se pode perder de vista dos princípios jurídicos consagrados pelo direito romano ou *mandamentos do direito romano*: *honeste vivere, alterum non laedere, suum*

cuique tribuere (*viver honestamente, não lesar a ninguém, dar a cada um o que é seu*, respectivamente). Tais regramentos continuam sendo invocados, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, sendo artifícios de argumentação dos mais interessantes. Aplicando um desses mandamentos, transcreve-se, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> "Ação de cobrança. Pagamento indevido. Enriquecimento ilícito. Restituição. Recurso a que se nega provimento. O enriquecimento sem causa tem como pressuposto um acréscimo patrimonial injustificado e a finalidade de restituição ao patrimônio de quem empobreceu. Ele encontra seu fundamento no velho princípio de justiça *suum cuique tribuere*, dar a cada um o que é seu. Nessa toada, em que pesem a alardeada boa-fé e a situação econômica precária, com base simplesmente na concepção pura do enriquecimento sem causa, constata-se a necessidade de o Apelante restituir os valores recebidos indevidamente ao Apelado" (TJMG, Acórdão 1.0024.06.025798-7/001, Belo Horizonte, 13.ª Câmara Cível, Rel.ª Des.ª Cláudia Maia, j. 10.05.2007, *DJMG* 25.05.2007).

Conforme destacam Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, os princípios jurídicos não precisam estar expressos na norma.[30] A conclusão é perfeita, devendo ser tida como majoritária. Exemplifique-se que o princípio da função social do contrato é expresso no Código Civil de 2002 (arts. 421 e 2.035, parágrafo único), mas implícito ao Código de Defesa do Consumidor e mesmo à CLT, que trazem uma lógica de proteção do vulnerável, do consumidor e do trabalhador, consagrando o regramento em questão, diante do seu sentido coletivo, de diminuição da injustiça social.

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, ganha força a corrente doutrinária clássica nacional que apontou para o fato de não se poder desassociar dos princípios o seu valor coercitivo, tese defendida por Rubens Limongi França em sua festejada e clássica obra sobre o tema.[31] Os princípios gerais devem assim trilhar o aplicador do direito na busca da justiça, estando sempre baseados na estrutura da sociedade.

A partir de todos esses ensinamentos transcritos, pode-se conceituar os princípios como fontes do direito, conforme previsão do art. 4.º da Lei de Introdução, o que denota o seu caráter normativo. Analisando os seus fins, os princípios gerais são regramentos básicos aplicáveis a um determinado instituto ou ramo jurídico, para auxiliar o aplicador do direito na busca da justiça e da pacificação social. Sob o prisma da sua origem, os princípios são abstraídos das normas jurídicas, dos costumes, da doutrina, da jurisprudência e de aspectos políticos, econômicos e sociais.

O Código Civil de 2002 consagra *três princípios fundamentais*, conforme se extrai da sua exposição de motivos, elaborada por Miguel Reale, a saber:

a) *Princípio da Eticidade* – Trata-se da valorização da ética e da boa-fé, principalmente daquela que existe no *plano da conduta de lealdade das partes* (boa-fé objetiva). Pelo Código Civil de 2002, a boa-fé objetiva tem função de *interpretação* dos negócios jurídicos em geral (art. 113 do CC). Serve ainda como *controle* das condutas humanas, eis que a sua violação pode gerar o abuso de direito, nova modalidade de ilícito (art. 187). Por fim, a boa-fé objetiva tem a função de *integrar* todas as fases pelas quais passa o contrato (art. 422 do CC).

b) *Princípio da Socialidade* – Segundo apontava o próprio Miguel Reale, um dos escopos da nova codificação foi o de superar caráter individualista e egoísta da codificação anterior. Assim, a palavra "eu" é substituída por "nós". Todas as categorias civis têm função social: o contrato, a empresa, a propriedade, a posse, a família, a responsabilidade civil.

c) *Princípio da Operabilidade* – Esse princípio tem dois sentidos. Primeiro, o de *simplicidade* ou facilitação das categorias privadas, o que pode ser percebido, por exemplo, pelo tratamento diferenciado da prescrição e da decadência. Segundo, há o sentido de *efetividade* ou *concretude*, o que foi buscado pelo sistema aberto de *cláusulas gerais* adotado pela atual codificação.

A análise mais profunda de tais princípios e das cláusulas gerais consta da primeira parte do próximo capítulo desta obra, em que se busca explicar a *filosofia* da atual codificação privada.

1.4.4 A equidade

Na visão clássica do Direito Civil, a equidade era tratada não como um meio de suprir a lacuna da lei, mas sim como um mero meio de auxiliar nessa missão.[32]

Todavia, no sistema contemporâneo privado, a equidade deve ser considerada fonte informal ou indireta do direito. Aliás, após a leitura do próximo capítulo desta obra, não restará qualquer dúvida de que a equidade também pode ser tida como fonte do *Direito Civil Contemporâneo*, principalmente diante dos regramentos orientadores adotados pela nova codificação.

A equidade pode ser conceituada como sendo o uso do bom-senso, a justiça do caso particular, mediante a adaptação razoável da lei ao caso concreto. Na concepção aristotélica é definida como a *justiça do caso concreto*, o julgamento com a convicção do que é justo. Na doutrina contemporânea, ensinam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho que "O julgamento por equidade (e não com equidade) é tido, em casos excepcionais, como fonte do direito, quando a própria lei atribui ao juiz a possibilidade de julgar conforme os seus ditames".[33] Ora, como pelo Código Civil de 2002 é comum essa ingerência, não há como declinar a condição da equidade como fonte jurídica, não formal, indireta e mediata.

Ato contínuo de estudo, a equidade, de acordo com a doutrina, pode ser classificada da seguinte forma:

a) *Equidade legal* – aquela cuja aplicação está prevista no próprio texto legal. Exemplo pode ser retirado do art. 413 do CC, que estabelece a redução equitativa da multa ou cláusula penal como um dever do magistrado ("A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio").

b) *Equidade judicial* – presente quando a lei determina que o magistrado deve decidir por equidade o caso concreto. Isso pode ser notado pelo art. 127 do CPC, pelo qual "o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei".

Os conceitos expostos são muito parecidos e até se confundem. Na verdade, no segundo caso há

uma ordem ao juiz, de forma expressa, o que não ocorre dessa forma na equidade legal, mas apenas implicitamente. Até pela confusão conceitual, a classificação acima perde um pouco a relevância prática.

No que tange ao art. 127 do CPC, trata-se de um dispositivo criticável, uma vez que, na literalidade, somente autoriza a aplicação da equidade aos casos previstos em lei. Ora, a justiça do caso concreto é a prioridade do Direito, não havendo necessidade de autorização expressa pela norma jurídica. Ademais, pode-se dizer que a equidade é implícita à própria lei. O dispositivo é com razão criticado, entre tantos, por Miguel Reale, que o considera como exageradamente rigoroso.[34]

Por fim, interessa apontar que em outros ramos jurídicos a equidade é considerada nominalmente como verdadeira fonte do Direito, como acontece no Direito do Trabalho, pela previsão expressa do art. 8.º da CLT, nos seguintes termos: "As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, *por equidade* e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito de trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público" (texto destacado).

O mesmo ocorre com o Direito do Consumidor, pela menção expressa à equidade como última palavra do art. 7.º, *caput*, da Lei 8.078/1990, *in verbis*: "Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade".

1.5 APLICAÇÃO DA NORMA JURÍDICA NO TEMPO. O ART. 6.º DA LEI DE INTRODUÇÃO

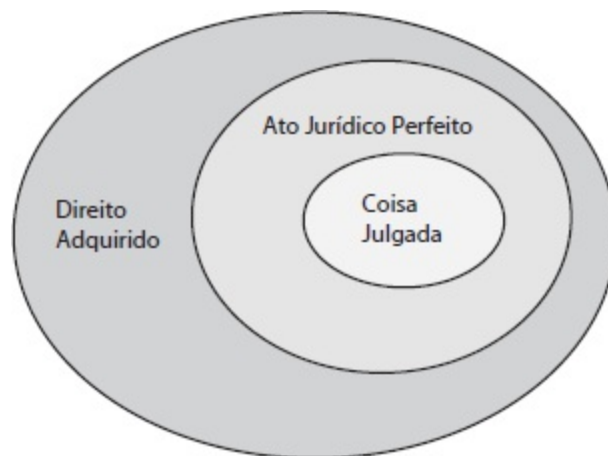
A norma jurídica é criada para valer ao futuro, não ao passado. Entretanto, eventualmente, pode uma determinada norma atingir também os fatos pretéritos, desde que sejam respeitados os parâmetros que constam da Lei de Introdução e da Constituição Federal. Em síntese, ordinariamente, a *irretroatividade é a regra, e a retroatividade, a exceção* . Para que a retroatividade seja possível, como primeiro requisito, deve estar prevista em lei.

Valendo para o futuro ou para o passado, tendo em vista a certeza e a segurança jurídica, determina o art. 5.º, XXXVI, da CF/1988 que: "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada". A norma constitui outro requisito para a retroatividade.

O art. 6.º da Lei de Introdução, além de trazer regra semelhante pela qual "a lei nova terá efeito

imediato e geral respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada", procura conceituar as categorias acima, da seguinte forma:

a) *Direito adquirido*: é o direito material ou imaterial incorporado no patrimônio de uma pessoa natural, jurídica ou ente despersonalizado. Pela previsão do § 2.º do art. 6.º da Lei de Introdução, "consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ela, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha tempo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem". Como exemplo pode ser citado um benefício previdenciário desfrutado por alguém.
b) *Ato jurídico perfeito*: é a manifestação de vontade lícita, emanada por quem esteja em livre disposição, e aperfeiçoada. De acordo com o que consta do texto legal (art. 6.º, § 1.º, Lei de Introdução), o ato jurídico perfeito é aquele consumado de acordo com lei vigente ao tempo em que se efetuou. Exemplo: um contrato anterior já celebrado e que esteja gerando efeitos.
c) *Coisa julgada*: é a decisão judicial prolatada, da qual não cabe mais recurso (art. 6.º, § 3.º, Lei de Introdução).

A partir desses conceitos, pode-se afirmar que o direito adquirido é o mais amplo de todos, englobando os demais, uma vez que tanto no ato jurídico perfeito quanto na coisa julgada existiriam direitos dessa natureza, já consolidados. Em complemento, a coisa julgada também deve ser considerada um ato jurídico perfeito, sendo o conceito mais restrito. Tal convicção pode ser concebida pelo desenho a seguir:

Questão contemporânea das mais relevantes é saber se a proteção de tais categorias é absoluta. A resposta é negativa, diante da forte tendência de relativizar princípios e regras em sede de Direito. Em reforço, vivificamos a *era da ponderação dos princípios e de valores*, sobretudo os de índole constitucional, tema muito bem desenvolvido por Robert Alexy.[35]

Ilustrando, inicialmente, há forte tendência material e processual em apontar a *relativização da coisa julgada*, particularmente nos casos envolvendo ações de investigação de paternidade julgadas improcedentes por ausência de provas em momento em que não existia o exame de DNA. Nesse sentido, doutrinariamente, dispõe o Enunciado n. 109 do Conselho da Justiça Federal, da *I Jornada de Direito Civil*, que: "A restrição da coisa julgada oriunda de demandas reputadas improcedentes por insuficiência de prova não deve prevalecer para inibir a busca da identidade genética pelo

investigando”. Na mesma linha o Superior Tribunal de Justiça tem decisões no sentido da possibilidade de relativização da coisa julgada material em situações tais. Nesse sentido, cumpre transcrever o mais famoso dos precedentes judiciais a respeito do tema:

> “Processo civil. Investigação de paternidade. Repetição de ação anteriormente ajuizada, que teve seu pedido julgado improcedente por falta de provas. Coisa julgada. Mitigação. Doutrina. Precedentes. Direito de família. Evolução. Recurso acolhido. I – Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido. II – Nos termos da orientação da Turma, ‘sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza’ na composição do conflito. Ademais, o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real. III – A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca, sobretudo, da realização do processo justo, ‘a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade’. IV – Este Tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum” (STJ, REsp 226.436/PR (199900714989), 414113, Data da decisão: 28.06.2001, 4.ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJ* 04.02.2002, p. 370, *RBDF* 11/73, *RDR* 23/354, *RSTJ* 154/403).

Pelo que consta da ementa do julgado, é possível uma nova ação para a prova da paternidade, se a ação anterior foi julgada improcedente em momento em que não existia o exame de DNA. A questão pode ser solucionada a partir da *técnica de ponderação*, desenvolvida, entre outros, por Robert Alexy.[36] No caso em questão, estão em conflito a *proteção da coisa julgada* (art. 5.º, XXXVI, da CF/1988) e a dignidade do suposto filho de saber quem é o seu pai, o que traduz o *direito à verdade biológica* (art. 1.º, III, da CF/1988). Nessa colisão entre direitos fundamentais, o Superior Tribunal de Justiça posicionou-se favoravelmente ao segundo. Outros julgados do mesmo Tribunal Superior, mais recentes, têm seguido a mesma linha de raciocínio (nesse sentido, ver decisão publicada no *Informativo* n. *354 do STJ*, de abril de 2008 – REsp 826.698/MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 06.05.2008).

Cumpre destacar que o Supremo Tribunal Federal, em decisão ainda mais atual, publicada no seu *Informativo* n. *622* (abril de 2011), confirmou a tendência de mitigação da coisa julgada. Conforme o relator do julgado, Ministro Dias Toffoli, há “um caráter personalíssimo, indisponível e imprescritível do reconhecimento do estado de filiação, considerada a preeminência do direito geral da personalidade”; devendo este direito superar a máxima da coisa julgada. Ato contínuo, confirmou a premissa de que o “princípio da segurança jurídica não seria, portanto, absoluto, e que não poderia prevalecer em detrimento da dignidade da pessoa humana, sob o prisma do acesso à informação genética e da personalidade do indivíduo” (STF, RE 363.889/DF, rel. Min. Dias Toffoli,

07.04.2011).

Ato contínuo de estudo, quanto à relativização de proteção do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, o Código Civil em vigor, contrariando a regra de proteção apontada, traz, nas suas disposições finais transitórias, dispositivo polêmico, pelo qual os preceitos relacionados com a função social dos contratos e da propriedade podem ser aplicados às convenções e negócios celebrados na vigência do Código Civil anterior, mas cujos efeitos têm incidência na vigência da nova codificação. Enuncia o parágrafo único do art. 2.035 do Código em vigor, norma de direito intertemporal:

> "Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar os preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos".

O dispositivo consagra o *princípio da retroatividade motivada ou justificada*, pelo qual as normas de ordem pública relativas à função social da propriedade e dos contratos podem retroagir. Não há qualquer inconstitucionalidade na norma, eis que amparada na *função social da propriedade*, prevista no art. 5.º, XXII e XXIII, da Constituição Federal. Quando se lê no dispositivo civil transcrito a expressão "convenção", pode-se ali enquadrar qualquer ato jurídico celebrado, inclusive os negócios jurídicos celebrados antes da entrada em vigor da nova lei geral privada e cujos efeitos ainda estão sendo sentidos atualmente, na vigência da nova codificação.

A norma vem recebendo a correta aplicação pela jurisprudência nacional. Fazendo incidir o art. 2.035, parágrafo único, do CC, à importante questão da multa contratual, do Tribunal de Sergipe:

> "Civil. Ações declaratórias de inexigibilidade de títulos e cautelares de sustação de protestos. Intempestividade. Não configurada. Litispendência. Extinção do feito. Rescisão contratual. Atraso. Cláusula penal. Alegação de prejuízo. Desnecessidade. Redução da multa convencional. Cabimento. Incidência sobre o montante não executado do pacto. Compensação de dívidas. Liquidez. Simples cálculos aritméticos. Exigibilidade das duplicatas. Inocorrência. Contrato realizado na vigência do CC/1916. Regra de transição. Art. 2.035 do NCC. Matéria de ordem pública. Retroatividade da norma. Protestos indevidos. Distribuição do ônus sucumbencial. Procedência das ações cautelares. (...). VIII. Tendo o contrato sido celebrado na vigência do Código Civil/1916, aplicam-se, em princípio, as regras deste. Todavia, em se tratando de normas de ordem pública, é perfeitamente possível a retroatividade da Lei nova, consoante regra de transição disposta no art. 2.035, parágrafo único, do CC/2002. IX. Em se tratando a redução de cláusula penal de matéria de ordem pública, impondo a nova Lei, através do art. 413 do CC, uma obrigação ao magistrado em reduzir o montante da multa cominatória sempre que verificar excesso na sua fixação, a fim de que seja resguardada a função social dos contratos, impõe-se a manutenção do *decisum* que apenas fez incidir a norma cogente ao caso em apreço; (...)" (TJSE, Apelação Cível 2006212091, Acórdão 10.214/2008, 2.ª Câmara Cível, Rel.ª Des.ª Marilza Maynard Salgado de Carvalho, *DJSE* 13.01.2009, p. 16).

Na mesma linha, colaciona-se decisão do Tribunal Paulista, que conclui pela retroatividade da boa-fé objetiva, fazendo interessante diálogo com o Código de Defesa do Consumidor:

"Seguro-saúde. Não renovação automática do plano pela seguradora. alegação de aumento da sinistralidade. Justificativa não comprovada nos autos. Impossibilidade de denúncia vazia pela parte mais forte da relação. Malferimento do princípio da boa-fé objetiva. Desinteresse justamente no momento em que o beneficiário mais precisa do serviço contratado situação em que o cancelamento ou a não renovação automática podem frustrar o próprio escopo da contratação vantagem exagerada em desfavor do consumidor. Sentença de procedência recurso improvido. Boa-fé objetiva. Principiou de interpretação que se aplica à espécie. Arts. 4.º, III, e 51, IV, todos do CDC, bem como art. 422, aplicável aos contratos anteriores a 2003, por força do art. 2.035, segunda parte, e parágrafo único, do mesmo CODEX. Sentença de procedência. Recurso improvido" (TJSP, Apelação com Revisão 424.075.4/8, Acórdão 3236639, São Paulo, 5.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Oscarlino Moeller, j. 10.09.2008, *DJESP* 03.11.2008).

A proteção do direito adquirido, um dos baluartes da segurança jurídica, quando levada ao extremo engessa o sistema jurídico, não possibilitando a evolução da ciência e da sociedade. Por isso é que deve ser feita a correta ponderação de valores, especialmente quando entram em cena valores de ordem pública com amparo constitucional. *O Direito seguro cede espaço para o Direito justo*, conforme se extrai das palavras do jovem constitucionalista Daniel Sarmento:

"A segurança jurídica – ideia que nutre, informa e justifica a proteção constitucional do direito adquirido – é, como já se destacou, um valor de grande relevância no Estado Democrático do Direito. Mas não é o único valor, e talvez não seja nem mesmo o mais importante dentre aqueles em que se esteia a ordem constitucional brasileira. Justiça e igualdade material, só para ficar com dois exemplos, são valores também caríssimos à nossa Constituição, e que, não raro, conflitam com a proteção da segurança jurídica. Se a segurança jurídica for protegida ao máximo, provavelmente o preço que se terá de pagar será um comprometimento na tutela da justiça e da igualdade substancial, e vice-versa. O correto equacionamento da questão hermenêutica ora enfrentada não pode, na nossa opinião, desprezar esta dimensão do problema, refugiando-se na assepsia de uma interpretação jurídica fechada para o universo dos valores. Ademais, no Estado Democrático de Direito, o próprio valor da segurança jurídica ganha um novo colorido, aproximando-se da ideia de Justiça. Ele passa a incorporar uma dimensão social importantíssima. A segurança jurídica, mais identificada no Estado Liberal com a proteção da propriedade e dos direitos patrimoniais em face do arbítrio estatal, caminha para a segurança contra os infortúnios e incertezas da vida; para a segurança como garantia de direitos sociais básicos para os excluídos; e até para a segurança em face das novas tecnologias e riscos ecológicos na chamada 'sociedade de riscos'."[37]

Concluindo, constata-se que a tendência doutrinária e jurisprudencial é justamente relativizar a proteção do direito adquirido, o que torna o sistema jurídico de maior mobilidade, de melhor possibilidade de adaptação às mudanças sociais.

1.6 APLICAÇÃO DA NORMA JURÍDICA NO ESPAÇO. OS ARTS. 7.º A 19 DA LEI DE INTRODUÇÃO E O DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E PRIVADO

Conforme antes mencionado, a Lei de Introdução traz também regras de Direito Internacional Público e Privado (arts. 7.º a 19), matéria que mais interessa a esses ramos jurídicos.

Diante da proposta desta obra, as normas serão apenas expostas com comentários pontuais que

interessam ao Direito Privado. Vejamos.

a) O art. 7.º da Lei de Introdução consagra a regra *lex domicilii*, pela qual devem ser aplicadas, no que concerne ao *começo e fim da personalidade*, as normas do país em que for domiciliada a pessoa, inclusive quanto ao nome, à capacidade e aos direitos de família.

b) Em relação ao *casamento*, o mesmo comando enuncia regras específicas que devem ser estudadas à parte. De início, celebrado o casamento no Brasil, devem ser aplicadas as regras quanto aos impedimentos matrimoniais que constam do art. 1.521 do CC (art. 7.º, § 1.º, da Lei de Introdução). O casamento entre estrangeiros poderá ser celebrado no Brasil, perante autoridades diplomáticas ou consulares do país de ambos os nubentes (art. 7.º, § 2.º, da Lei de Introdução). Caso os nubentes tenham domicílios diversos, deverão ser aplicadas as regras, quanto à invalidade do casamento, do primeiro domicílio conjugal (art. 7.º, § 3.º, da Lei de Introdução).

c) Ainda em relação ao casamento, quanto às regras patrimoniais, ao regime de bens, seja ele de origem legal ou convencional, deverá ser aplicada a lei do local em que os cônjuges tenham domicílio. Em havendo divergência quanto aos domicílios, prevalecerá o primeiro domicílio conjugal (art. 7.º, § 4.º, da Lei de Introdução). Para o estrangeiro casado que se naturalizar como brasileiro é deferido, no momento da sua naturalização e mediante autorização expressa do cônjuge, que requeira ao Poder Judiciário a adoção do regime da comunhão parcial de bens, *regime legal ou supletório* em nosso sistema legal, desde que respeitados os direitos de terceiros anteriores à alteração, e mediante registro no cartório das pessoas naturais (art. 7.º, § 5.º, da Lei de Introdução). A norma está a possibilitar a alteração de regime de bens.

d) Quanto ao divórcio realizado no estrangeiro em que um ou ambos os cônjuges forem brasileiros, haverá reconhecimento no Brasil depois de um ano da data da sentença, salvo se houver sido antecedida de separação judicial por igual prazo, caso em que a homologação produzirá efeito imediato, obedecidas as condições estabelecidas para a eficácia das sentenças estrangeiras no país. O Superior Tribunal de Justiça, na forma de seu regimento interno, poderá reexaminar, a requerimento do interessado, decisões já proferidas em pedidos de homologação de sentenças estrangeiras de divórcio de brasileiros, a fim de que passem a produzir todos os efeitos legais (art. 7.º, § 6.º, da Lei de Introdução). O dispositivo foi alterado pela Lei 12.036/2009, fazendo menção ao STJ e não mais ao STF. Anote-se que, para este autor, a separação judicial e os prazos mínimos para o divórcio foram banidos do sistema jurídico nacional desde a entrada em vigor da Emenda do Divórcio, em julho de 2010 (EC 66/2010), devendo o dispositivo ser lido com ressalvas. Tal premissa foi parcialmente reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, que afastou os lapsos temporais constantes do preceito da Lei de Introdução, em ementa assim publicada: "Homologação de sentença estrangeira. Dissolução de casamento. EC 66, de 2010. Disposições acerca da guarda, visitação e alimentos devidos aos filhos. partilha de bens. Imóvel situado no Brasil. Decisão prolatada por autoridade judiciária brasileira. Ofensa à Soberania Nacional. 1. A sentença estrangeira encontra-se apta à homologação, quando atendidos os requisitos dos arts. 5.º e 6.º da Resolução STJ n.º 9/2005: (i) a sua prolação por autoridade competente; (ii) a devida ciência do réu nos autos da decisão homologanda; (iii) o seu trânsito em julgado; (iv) a chancela consular brasileira acompanhada de tradução por tradutor oficial ou juramentado; (v) a ausência de ofensa à soberania ou à ordem pública. 2. A nova redação dada pela EC 66, de 2010, ao § 6.º do art. 226 da CF/1988 tornou prescindível a comprovação do preenchimento do requisito temporal outrora previsto para fins de obtenção do divórcio. 3. Afronta a homologabilidade da sentença estrangeira de dissolução de casamento a ofensa à soberania nacional, nos termos do art. 6.º da Resolução n.º 9, de 2005, ante a existência de decisão prolatada por autoridade judiciária brasileira a respeito das mesmas questões tratadas na sentença homologanda. 4. A exclusividade de jurisdição relativamente a imóveis situados no Brasil, prevista no art. 89, I, do CPC, afasta a homologação de sentença estrangeira na parte em que incluiu bem dessa natureza como ativo conjugal sujeito à partilha. 5. Pedido de homologação de sentença estrangeira parcialmente deferido, tão somente para os efeitos de dissolução do casamento e da partilha de bens do casal, com exclusão do imóvel situado no Brasil" (STJ, SEC 5.302/EX, Rel. Min. Nancy Andrighi, Corte Especial, j. 12.05.2011, *DJe* 07.06.2011).

e) Enuncia o § 7.º, do art. 7.º, da Lei de Introdução, que "salvo o caso de abandono, o domicílio do chefe da família estende-se a outro cônjuge e aos filhos não emancipados, e o do tutor ou curador aos incapazes sob sua guarda". Diante da nova visualização da família, à luz da Constituição Federal e do Código Civil de 2002, deve-se entender que esse parágrafo merece nova leitura, eis que pelo art. 1.567 da codificação novel a direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher.

f) Determina o § 8.º, do art. 7.º, da Lei de Introdução, que o domicílio da pessoa que não tiver residência fixa será o local em qu mesma for encontrada (moradia habitual), norma que vale também para as questões de Direito Internacional.

g) No que se refere aos bens, prevê a Lei de Introdução que deve ser aplicada a norma do local em que esses se situam (*lex re sitiae* – art. 8.º). Tratando-se de bens móveis transportados, aplica-se a norma do domicílio do seu proprietário (§ 1.º). Quanto ao penhor, direito real de garantia que recai sobre bens móveis, por regra, deve ser aplicada a norma do domicílio que tiver a pessoa em cuja posse se encontre a coisa empenhada, outra aplicação do princípio *lex domicilii* (§ 2.º).

h) Ao tratar das obrigações, na Lei de Introdução há consagração da regra *locus regit actum*, aplicando-se as leis do local em que foram constituídas (art. 9.º). Dessa forma, exemplificando, para aplicar a lei brasileira a um determinado negócio obrigacional, basta a sua celebração no território nacional. Os seus parágrafos trazem duas exceções. Inicialmente, tendo sido o contrato celebrado no exterior e destinando-se a produzir efeitos em nosso país, dependente de forma essencial prevista em lei nacional, deverá esta ser observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos fatores externos, requisitos extrínsecos, do ato (§ 1.º). Como segunda exceção, de acordo com o art. 9.º, § 2.º, da Lei de Introdução, "A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente". O dispositivo está em conflito parcial com o art. 435 do CC, pelo qual se reputa celebrado o contrato no lugar em que foi proposto. Ora, o local da proposta não necessariamente é o da residência daquele que a formulou. Para resolver a suposta antinomia, aplicando-se a *especialidade*, deve-se entender que a regra do art. 435 do CC serve para os contratos nacionais; enquanto o dispositivo da Lei de Introdução é aplicado aos contratos internacionais.

i) O art. 10 da Lei de Introdução enuncia que a sucessão por morte ou por ausência obedece a norma do país do último domicíl do *de cujus* (*lex domicilii*), conforme faz a codificação privada brasileira no seu art. 1.785 ("A sucessão abre-se no último domicílio do falecido").

j) As regras de vocação hereditária para suceder bens de estrangeiro situados no nosso País serão as nacionais, desde que não sejam mais favoráveis ao cônjuge e aos filhos do casal as normas do último domicílio (art. 10, § 1.º, da Lei de Introdução). De acordo com o § 2.º desse comando legal, *a lex domicilii* do herdeiro ou legatário regulamentará a capacidade para suceder.

k) Quanto às sociedades e fundações deve ser aplicada a norma do local de sua constituição (art. 11 da Lei de Introdução). Os três parágrafos desse artigo trazem regras específicas que devem ser atentadas quanto à pessoa jurídica, pela ordem. Primeiro, para atuarem no Brasil, as sociedades e fundações necessitam de autorização pelo governo federal, ficando sujeitas às leis brasileiras (arts. 11, § 1.º, da Lei de Introdução, e 1.134 do CC). Segundo, os governos estrangeiros e entidades constituídas para atenderem aos anseios de Estados estrangeiros não poderão adquirir no Brasil bens imóveis ou suscetíveis de desapropriação (art. 11, § 2.º, da Lei de Introdução). Terceiro, os governos estrangeiros e afins podem adquirir a propriedade de prédios necessários à sede dos representantes diplomáticos e agentes consulares, única autorização específica que deve ser respeitada (art. 11, § 3.º, da Lei de Introdução).

l) Em relação à competência da autoridade judiciária brasileira, determina o art. 12 da Lei de Introdução que há necessidade de atuação quando o réu for domiciliado em nosso País ou aqui tiver que ser cumprida a obrigação, como no caso de um contrato. Quanto aos imóveis situados no país, haverá competência exclusiva da autoridade nacional (art. 12, § 1.º); bem quanto ao *exequatur*, o "cumpra-se" relacionado com uma sentença estrangeira homologada perante o Superior Tribunal de Justiça, conforme nova redação dada ao art. 105 da CF/1988, pela Reforma do Judiciário (EC 45/2004).

m) De acordo com o art. 13 da Lei de Introdução, quanto aos fatos ocorridos no exterior e ao ônus probatório, devem ser aplicadas as normas do direito alienígena relacionadas com as ocorrências, não sendo admitidas no Brasil provas que a lei nacional não conheça. Em complemento, de acordo com o art. 14 da Lei de Introdução, não conhecendo o juiz nacional a lei estrangeira, poderá exigir de quem a invoca a prova do texto e da sua vigência. Nos termos do art. 15 da Lei de Introdução, será executada no Brasil a sentença proferida no estrangeiro, que reúna os seguintes requisitos: haver sido proferida por juiz competente; terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado à revelia; ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida; estar traduzida por intérprete autorizado; ter sido homologada pelo Superior Tribunal de Justiça (nos termos da Emenda Constitucional 45/2004). Em casos tais, se houver de aplicar a lei estrangeira, ter-se-á em vista a disposição desta, sem considerar-se qualquer remissão por ela feita a outra lei (art. 16 da Lei de Introdução).

n) Com grande aplicação prática em relação ao Direito Privado, estabelece o art. 17 da Lei de Introdução que "As leis, atos e

sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes". Exemplificando a aplicação desse comando, é de se apontar questão envolvendo a anterior Convenção de Varsóvia e a atual Convenção de Montreal, tratados internacionais dos quais nosso país é signatário e que consagram limitações de indenização em casos de atraso de voo, perda de voo e extravio de bagagem, no caso de viagens internacionais. As normas internacionais entram em claro conflito com o Código de Defesa do Consumidor que, em seu art. 6.º, VI e VIII, consagra o *princípio da reparação integral de danos*, pelo qual tem direito o consumidor ao ressarcimento integral pelos prejuízos materiais e morais causados pelo fornecimento de produtos, prestação de serviços ou má informação a eles relacionados, devendo ser facilitada a tutela dos seus direitos. Tal princípio veda qualquer tipo de tarifação, sendo a Lei 8.078/1990 norma de ordem pública e interesse social, conforme consta do seu art. 1.º. Por isso, o referido tratado não pode prevalecer, conforme conclusão do Superior Tribunal de Justiça (ver: STJ, Agravo regimental no agravo 1.343.941/RJ, 3.ª Turma, Rel. Des. Conv. Vasco Della Giustina, j. 18.11.2010, *DJe* 25.11.2010 e STJ, Agravo regimental 252.632/SP, 4.ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 07.08.2001, *DJ* 04.02.2002, p. 373).

o) Tratando-se de brasileiros, são competentes as autoridades consulares brasileiras para lhes celebrar o casamento e os mais a de Registro Civil e de tabelionato, inclusive o registro de nascimento e de óbito dos filhos de brasileiro ou brasileira nascidos no país da sede do Consulado (art. 18 da Lei de Introdução). O dispositivo recebeu dois novos parágrafos por força da Lei n. 12.874, de outubro de 2013. O primeiro parágrafo preceitua que as autoridades consulares brasileiras também poderão celebrar a separação consensual e o divórcio consensual de brasileiros, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, devendo constar da respectiva escritura pública as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento. Como se nota, passa a existir a possibilidade da separação e do divórcio extrajudiciais, efetivados pelas autoridades consulares. A norma nasce desatualizada, na opinião deste autor. De início, porque segundo parte considerável da doutrina, não há que se falar mais em separação extrajudicial consensual, tema aprofundado no Capítulo 8 desta coleção. Ademais, diante da Emenda Constitucional 66/2010 não existem mais prazos mínimos para o divórcio. Em complemento, o § 2.º do art. 18 expressa que "é indispensável a assistência de advogado, devidamente constituído, que se dará mediante a subscrição de petição, juntamente com ambas as partes, ou com apenas uma delas, caso a outra constitua advogado próprio, não se fazendo necessário que a assinatura do advogado conste da escritura pública". Esse último comando segue a linha do que consta do art. 1.124-A do CPC quanto à exigência da presença de advogados nas escrituras de separação e divórcio lavradas perante os Tabelionatos de Notas.

p) Reputam-se válidos todos os atos indicados no artigo anterior e celebrados pelos cônsules brasileiros na vigência da Lei de Introdução, desde que satisfaçam todos os requisitos legais (art. 19 da Lei de Introdução).

Superada a simples exposição das normas de Direito Internacional constante da Lei de Introdução, parte-se ao estudo das antinomias jurídicas, tema dos mais relevantes para todo o Direito.

1.7 ESTUDO DAS ANTINOMIAS JURÍDICAS

Com o surgimento de qualquer lei nova, ganha relevância o estudo das *antinomias*, também denominadas lacunas de conflito.

A antinomia é a presença de duas normas conflitantes, válidas e emanadas de autoridade competente, sem que se possa dizer qual delas merecerá aplicação em determinado caso concreto (lacunas de colisão).

Em suma, este estudo não está relacionado com a revogação das normas jurídicas, mas com os eventuais conflitos que podem existir entre elas. Esse esclarecimento é básico e fundamental.

Pois bem, aqui serão utilizadas as regras de teoria geral de direito muito bem expostas na obra *Conflito de normas*, da Professora Maria Helena Diniz, sendo certo que por diversas vezes esse trabalho será utilizado para a compreensão dos novos conceitos privados, que emergiram com a nova codificação.[38] Assim, serão aqui estudados os conceitos básicos de solução desses conflitos, os *metacritérios clássicos* construídos por Norberto Bobbio, em sua *Teoria do ordenamento jurídico*, para a solução dos choques entre as normas jurídicas,[39] a saber:

a) *critério cronológico*: norma posterior prevalece sobre norma anterior;

b) *critério da especialidade*: norma especial prevalece sobre norma geral;

c) *critério hierárquico*: norma superior prevalece sobre norma inferior.

Dos três critérios acima, o cronológico, constante do art. 2.º da Lei de Introdução, é o mais fraco de todos, sucumbindo diante dos demais. O critério da especialidade é o intermediário e o da hierarquia o mais forte de todos, tendo em vista a importância do Texto Constitucional.

De qualquer modo, lembre-se que a especialidade também consta do Texto Maior, inserida que está na isonomia constitucional (art. 5.º, *caput*, da CF/1988), em sua segunda parte, eis que *a lei deve tratar de maneira desigual os desiguais*.

Superada essa análise, parte-se para a classificação das antinomias, quanto aos metacritérios envolvidos, conforme esquema a seguir:

- *Antinomia de 1.º grau*: conflito de normas que envolve apenas um dos critérios acima expostos.
- *Antinomia de 2.º grau*: choque de normas válidas que envolve dois dos critérios analisados.

Em havendo a possibilidade ou não de solução, conforme os metacritérios de solução de conflito, é pertinente a seguinte visualização:

- *Antinomia aparente*: situação que pode ser resolvida de acordo com os metacritérios antes expostos.
- *Antinomia real*: situação que *não* pode ser resolvida de acordo com os metacritérios antes expostos.

De acordo com essas classificações, devem ser analisados os casos práticos em que estão presentes os conflitos:

- No caso de conflito entre norma posterior e norma anterior, valerá a primeira, pelo critério cronológico, caso de *antinomia de primeiro grau aparente*.
- Norma especial deverá prevalecer sobre norma geral, emergencial, que é o critério da especialidade, outra situação de

antinomia de primeiro grau aparente.

- Havendo conflito entre norma superior e norma inferior, prevalecerá a primeira, pelo critério hierárquico, também situação de *antinomia de primeiro grau aparente*.

Esses são os casos de *antinomia de primeiro grau*, todos de antinomia *aparente*, eis que presente a solução de acordo com os metacritérios antes analisados. Passa-se então ao estudo das antinomias de segundo grau:

- Em um primeiro caso de antinomia de segundo grau aparente, quando se tem um conflito de uma norma especial anterior e out geral posterior, prevalecerá o critério da especialidade, prevalecendo a primeira norma.
- Havendo conflito entre norma superior anterior e outra inferior posterior, prevalece também a primeira (critério hierárquico), outro caso de antinomia de segundo grau aparente.
- Finalizando, quando se tem conflito entre uma norma geral superior e outra norma, especial e inferior, qual deve prevalecer?

Na última hipótese, como bem expõe Maria Helena Diniz não há uma metarregra geral de solução do conflito surgindo a denominada *antinomia real*. São suas palavras:

> "No conflito entre o critério hierárquico e o de especialidade, havendo uma norma superior-geral e outra norma inferior especial, não será possível estabelecer uma metarregra geral, preferindo o critério hierárquico ao da especialidade ou vice-versa, sem contrariar a adaptabilidade do direito. Poder-se-á, então, preferir qualquer um dos critérios, não existindo, portanto, qualquer prevalência. Todavia, segundo Bobbio, dever-se-á optar, teoricamente, pelo hierárquico; uma lei constitucional geral deverá prevalecer sobre uma lei ordinária especial, pois se se admitisse o princípio de que uma lei ordinária especial pudesse derrogar normas constitucionais, os princípios fundamentais do ordenamento jurídico estariam destinados a esvaziar-se, rapidamente, de seu conteúdo. Mas, na prática, a exigência de se adotarem as normas gerais de uma Constituição a situações novas levaria, às vezes, à aplicação de uma lei especial, ainda que ordinária, sobre a Constituição. A supremacia do critério da especialidade só se justificaria, nessa hipótese, a partir do mais alto princípio da justiça: *suum cuique tribuere*, baseado na interpretação de que 'o que é igual deve ser tratado como igual e o que é diferente, de maneira diferente'. Esse princípio serviria numa certa medida para solucionar antinomia, tratando igualmente o que é igual e desigualmente o que é desigual, fazendo as diferenciações exigidas fática e valorativamente".[40]

Na realidade, como ficou claro, o critério da especialidade também é de suma importância, constando a sua previsão na Constituição Federal de 1988. Repita-se que o art. 5.º do Texto Maior consagra o princípio da isonomia ou igualdade *lato sensu*, pelo qual *a lei deve tratar de maneira igual os iguais,* ***e de maneira desigual os desiguais***. Na parte destacada está o princípio da especialidade. E é por isso que ele até pode fazer frente ao critério hierárquico.

Desse modo, em havendo choque entre os critérios hierárquico e da especialidade, dois caminhos de solução podem ser dados no caso de antinomia real, um pelo Poder Legislativo e outro pelo Poder Judiciário. Vejamos:

– Solução do Poder Legislativo – cabe a edição de uma terceira norma, dizendo qual das duas normas em conflito deve ser

aplicada.

– Solução do Poder Judiciário – o caminho é a adoção do *princípio máximo de justiça*, podendo o magistrado, o juiz da causa, de acordo com a sua convicção e aplicando os arts. 4.º e 5.º da Lei de Introdução, adotar uma das duas normas, para solucionar o problema.

Mais uma vez entram em cena esses importantes preceitos da Lei de Introdução. Pelo art. 4.º, pode o magistrado aplicar a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, sem que essa ordem seja obrigatoriamente respeitada. Seguindo o que preceitua o seu art. 5.º, deve o juiz buscar a função social da norma e as exigências do bem comum, ou seja, a pacificação social. Não se pode esquecer, outrossim, da aplicação imediata dos princípios fundamentais que protegem a pessoa humana, nos termos do art. 5.º, § 1.º, da CF/1988 (*eficácia horizontal dos direitos fundamentais*).

Encerrando, é importante alertar que o estudo das antinomias jurídicas, após a entrada em vigor do Código de 2002, tornou-se obrigatório para aqueles que desejam obter um bom desempenho em provas futuras, seja na graduação, na pós-graduação ou nos concursos públicos. Na presente obra será demonstrado como tal estudo pode ser útil para a argumentação jurídica. Será exposta, a partir da teoria das antinomias jurídicas, a viabilidade jurídica de aplicação do art. 927, parágrafo único, do Código Civil – que consagra a *cláusula geral de responsabilidade objetiva* –, para a responsabilidade do empregador, mitigando a regra superior do art. 7.º, XXVIII, da Constituição Federal. O tema está abordado no Capítulo 4 deste livro (item 4.3.2).

[1] Ver, por exemplo: FIUZA, Ricardo; TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Código Civil comentado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. XXXIII-LVIII. Os comentários feitos à Lei de Introdução nesta obra são de Zeno Veloso e Maria Helena Diniz.

[2] LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Lei de Introdução ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. v. 1, p. 8.

[3] AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 500.

[4] TELLES JR., Goffredo. *Direito quântico*. 7. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, p. 263-297.

[5] BARROS, Sérgio Resende de. *Contribuição dialética para o constitucionalismo*. Campinas: Millenium, 2008. p. 140.

[6] VELOSO, Zeno. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*. 2. ed. Belém: Unama, 2006. p. 21.

[7] MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Código Civil interpretado*. Coord. Silmara Juny Chinellato. 3. ed. São Paulo: Manole, 2010. p. 3.

[8] Assim se posiciona: MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Código Civil interpretado*. Coord. Silmara Juny Chinellato. 3 ed. São Paulo: Manole, 2010. p. 6.

[9] Pela *teoria da presunção:* RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 1, p. 21.

[10] DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil interpretada*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 87. Na doutrina clássica, a teoria da necessidade social já era seguida por Miguel Maria de Serpa Lopes (*Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. v. 1, p. 80).

[11] VELOSO, Zeno. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*. 2. ed. Belém: Unama, 2006. p. 69.

[12] Expressão transmitida pela Professora Maria Helena Diniz, na disciplina *Teoria Geral do Direito*, cursada no programa de mestrado na PUCSP no ano de 2003.

[13] DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 1-5.

[14] Cf. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à ciência do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 415-416.

[15] DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 95.

[16] RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 1, p. 23.

[17] FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 35-40.

[18] SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 5.

[19] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 275.

[20] TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. t. II, p. 24.

[21] ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à ciência do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 432.

[22] FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 14.

[23] FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 14.

[24] FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 60, p. 505.

[25] REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 299.

[26] ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à ciência do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 445.

[27] AMARAL, Francisco. *Direito civil*. Introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 92.

[28] DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil interpretada*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 123.

[29] NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 141.

[30] NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 141.

[31] FRANÇA, Rubens Limongi. *Princípios gerais do direito*. 2. ed. São Paulo: RT, 1971.

[32] Ver, por todos: MONTEIRO, Washington de Barros; FRANÇA PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro. *Curso de direito*

civil. Parte geral. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1, p. 47-48.

[33] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Parte geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva 2003. v. I, p. 25.

[34] REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 295.

[35] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

[36] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

[37] *Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e justiça social. Livres e iguais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 18.

[38] DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. São Paulo: Saraiva, 2003.

[39] BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 7. ed. Brasília: UNB.

[40] DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 50.

2

PARTE GERAL DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

2.1 INTRODUÇÃO. VISÃO FILOSÓFICA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. AS PRINCIPAIS TESES DO DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

A compreensão de uma nova norma jurídica é tarefa centrada não apenas na análise comparada da letra fria da lei. Em outras palavras, para que o estudioso entenda efetivamente a codificação privada de 2002, é preciso conhecer a linha filosófica adotada pela norma emergente. A comparação das duas leis por meio de *Códigos confrontados*, comum após o surgimento do Código Civil de 2002, é apenas o ponto de partida para o intérprete.

Diante disso, antes de adentrar no estudo da Parte Geral do Código Civil de 2002, será demonstrada a linha filosófica da atual codificação, bem como as grandes teses do Direito Civil contemporâneo. Segue-se, assim, o modelo adotado em outra obra.[1] Trata-se de ponto fundamental para os estudiosos do Direito Civil, até porque as matérias de filosofia e sociologia passaram a ser solicitadas não só nos cursos de graduação, mas também em provas existentes após o bacharelado (*v.g.*, exame de admissão na Ordem dos Advogados do Brasil e concursos públicos).

Pois bem, o atual Código Civil Brasileiro foi instituído pela Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, entrando em vigor após um ano de *vacatio legis*, para a maioria da doutrina, em 11 de janeiro de 2003. A novel codificação civil teve uma longa tramitação no Congresso Nacional, com seu embrião, no ano de 1975, ocasião em que o então Presidente da República, Ernesto Geisel, submeteu à apreciação da Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 634-D, com base em trabalho elaborado por uma Comissão de sete membros, coordenada por Miguel Reale. Como se nota, portanto, o projeto legislativo surgiu no "ápice" da ditadura militar que imperava no Brasil.

A estrutura básica do projeto que gerou a nova codificação foi concebida com uma Parte Geral e cinco livros na Parte Especial, tendo sido convidado para cada uma delas um jurista de renome e notório saber, todos com as mesmas ideias gerais sobre as diretrizes a serem seguidas. Convocados foram para a empreitada:

- José Carlos Moreira Alves (SP) – relator da Parte Geral;
- Agostinho Alvim (SP) – relator do livro que trata do Direito das Obrigações;
- Silvio Marcondes (SP) – relator do livro de Direito de Empresa;
- Erbert Chamoun (RJ) – responsável pelo Direito das Coisas;
- Clóvis do Couto e Silva (RS) – responsável pelo livro de Direito de Família;
- Torquato Castro (PE) – relator do livro do Direito das Sucessões.

Conforme lembra Gerson Luiz Carlos Branco, a escolha foi abrangente, uma vez que "foram contemplados juristas do sul, do nordeste, do centro do país, do Rio de Janeiro e São Paulo, congregando professores, advogados e juízes. A comissão escolhida teve um perfil adequado às considerações políticas em relação à postura dos membros da comissão. Além disso, segundo o próprio Miguel Reale, havia uma afinidade de ideias e de pensamento entre todos os juristas que integravam a comissão".[2] Em suma, os trabalhos foram guiados pela mesma linha de pensamento.

Na exposição de motivos da atual codificação privada, Miguel Reale demonstra quais foram as diretrizes básicas seguidas pela comissão revisora do Código Civil de 2002, a saber:[3]

a) Preservação do Código Civil anterior sempre que fosse possível, pela excelência técnica do seu texto e diante da existência d um posicionamento doutrinário e jurisprudencial já consubstanciado sobre os temas nele constantes.

b) Alteração principiológica do Direito Privado, em relação aos ditames básicos que constavam na codificação anterior, buscando a nova codificação valorizar a *eticidade*, a *socialidade* e a *operabilidade*, que serão abordadas oportunamente.

c) Aproveitamento dos estudos anteriores em que houve tentativas de reforma da lei civil, trabalhos esses que foram elaborados primeiro por Hahneman Guimarães, Orozimbo Nonato e Philadelpho de Azevedo, com o anteprojeto do Código das Obrigações; e, depois, por Orlando Gomes e Caio Mário da Silva Pereira, com a proposta de elaboração separada de um Código Civil e de um Código das Obrigações, contando com a colaboração, neste caso, de Silvio Marcondes, Theóphilo de Azevedo Santos e Nehemias Gueiros.

d) Firmar a orientação de somente inserir no Código Civil matéria já consolidada ou com relevante grau de experiência crítica, transferindo-se para a legislação especial questões ainda em processo de estudo, ou que, por sua natureza complexa, envolvem problemas e soluções que extrapolam a codificação privada, caso da bioética, do biodireito e do direito eletrônico ou digital. Aliás, quanto à bioética e ao biodireito, prevê o Enunciado n. 2 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na *I Jornada de Direito Civil* que "sem prejuízo dos direitos da personalidade nele assegurados, o art. 2.º do Código Civil não é sede adequada para questões emergentes da reprogenética humana, que deve ser objeto de um estatuto próprio". Nesse sentido, entrou em vigor em nosso País, em março de 2005, a Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005), um dos *satélites* na órbita do *planeta Código Civil*. O STF discutiu recentemente a constitucionalidade do seu art. 5.º, que prevê a possibilidade de utilização de células embrionárias para fins terapêuticos (ADIn 3.510/DF). Acabou concluindo por sua constitucionalidade, felizmente.

e) Dar nova estrutura ao Código Civil, mantendo-se a Parte Geral – conquista preciosa do direito brasileiro, desde Teixeira de Freitas –, mas com nova organização da matéria, a exemplo das recentes codificações.

f) Não realizar, propriamente, a unificação do direito privado, mas sim do Direito das Obrigações – de resto já é uma realidade e nosso País – em virtude do obsoletismo do Código Comercial de 1850 – com a consequente inclusão de mais um livro na Parte Especial, que se denominou *Direito de Empresa*. Nesse ponto, o Código Civil Brasileiro de 2002 seguiu o modelo do Código Italiano de 1942.

g) Valorizar um sistema baseado em cláusulas gerais, que dão certa margem de interpretação ao julgador. Essa pode ser tida como a principal diferença de filosofia entre o Código Civil de 2002 e seu antecessor.

Ponto de destaque se refere aos princípios do Código Civil de 2002 outrora expostos, e que merecem no presente momento um estudo mais aprofundado. O próprio Miguel Reale não se cansava em apontar os regramentos básicos que sustentam a atual codificação privada: *eticidade*, *socialidade* e *operabilidade*. Repise-se que o estudo de tais princípios é fundamental para que se possa entender os novos institutos que surgiram com a nova lei privada.

De início, a respeito do *princípio da eticidade*, o Código Civil de 2002 se distancia do tecnicismo institucional advindo da experiência do Direito Romano, procurando, em vez de valorizar formalidades, reconhecer a participação dos valores éticos em todo o Direito Privado. Cumpre transcrever as palavras do Ministro José Delgado, do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que "o tipo de Ética buscado pelo novo Código Civil é o defendido pela corrente kantiana: é o comportamento que confia no homem como um ser composto por valores que o elevam ao patamar de respeito pelo semelhante e de reflexo de um estado de confiança nas relações desenvolvidas, quer negociais, quer não negociais. É, na expressão kantiana, a certeza do dever cumprido, a tranquilidade da boa consciência".[4]

O *princípio da eticidade* pode ser percebido pela leitura de vários dispositivos da atual codificação privada. Inicialmente, nota-se a valorização de condutas éticas, de *boa-fé objetiva* –

aquela relacionada com a conduta de lealdade das partes negociais –, pelo conteúdo da norma do art. 113, segundo o qual "os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração" (*função interpretativa da boa-fé objetiva*). Ademais, o art. 187 determina qual a sanção para a pessoa que contraria a boa-fé no exercício de um direito: cometerá abuso de direito, assemelhado a ilícito (*função de controle da boa-fé objetiva*). Ato contínuo, o art. 422 valoriza a eticidade, prevendo que a boa-fé deve integrar a conclusão e a execução do contrato (*função de integração da boa-fé objetiva*).

No que concerne ao *princípio da socialidade*, o Código Civil de 2002 procura superar o caráter individualista e egoísta que imperava na codificação anterior, valorizando a palavra *nós*, em detrimento da palavra *eu*. Os grandes ícones do Direito Privado recebem uma denotação social: a família, o contrato, a propriedade, a posse, a responsabilidade civil, a empresa, o testamento.

Destaque-se que a *função social da propriedade* já estava prevista na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5.º, XXII e XXIII, e no seu art. 170, III, tendo sido reforçada pelo art. 1.228, § 1.º, do CC/2002. Como novidade de grande impacto, a *função social dos contratos* passou a ser tipificada em lei, prevendo o art. 421 do Código Civil que "A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato". Trata-se de um princípio contratual de ordem pública, pelo qual o contrato deve ser, necessariamente, visualizado e interpretado de acordo com o contexto da sociedade.[5] Mesmo *a posse recebe uma função social*, eis que o atual Código consagra a diminuição dos prazos de usucapião imobiliária quando estiver configurada a *posse-trabalho*, situação fática em que o possuidor despendeu tempo e labor na ocupação de um determinado imóvel. A nova codificação valoriza aquele que *planta e colhe*, o trabalho da pessoa natural, do cidadão comum. Tais premissas podem ser captadas pela leitura dos arts. 1.238, parágrafo único, e 1.242, parágrafo único, do CC/2002, que reduzem os prazos da usucapião extraordinária e ordinária, para dez e cinco anos, respectivamente quando o possuidor tiver realizado no imóvel obras e serviços considerados pelo juiz de caráter social e econômico relevante.

Por fim, há o *princípio da operabilidade*, que tem dois significados. De início, há o sentido de *simplicidade*, uma vez que o Código Civil de 2002 segue tendência de facilitar a interpretação e a aplicação dos institutos nele previstos. Como exemplo, pode ser citada a distinção que agora consta em relação aos institutos da prescrição e da decadência, matéria que antes trazia grandes dúvidas pela lei anterior, que era demasiadamente confusa. Por outra via, há o sentido de *efetividade*, ou *concretude do Direito Civil*, o que foi seguido pela adoção do sistema de cláusulas gerais.

Nas palavras de Judith Martins-Costa, grande intérprete da *filosofia realeana*, percebe-se na atual codificação um sistema aberto ou de *janelas abertas*, em virtude da linguagem que emprega, permitindo a constante incorporação e solução de novos problemas, seja pela jurisprudência, seja por uma atividade de complementação legislativa. Vejamos as suas lições a respeito das cláusulas gerais:

> “Estas janelas, bem denominadas por Irti de ‘concetti di collegamento’, com a realidade social são constituídas pelas cláusulas gerais, técnica legislativa que conforma o meio hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos ainda não expressos legislativamente, de ‘standards’, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressistematização no ordenamento positivo. Nas cláusulas gerais a formulação da hipótese legal é procedida mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significado intencionalmente vago e aberto, os chamados ‘conceitos jurídicos indeterminados’. Por vezes – e aí encontraremos as cláusulas gerais propriamente ditas –, o seu enunciado, ao invés de traçar punctualmente a hipótese e as consequências, é desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela vagueza semântica que caracteriza os seus termos, a incorporação de princípios e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao *corpus* codificado, do que resulta, mediante a atividade de concreção destes princípios, diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de novas normas.”[6]

A partir dos ensinamentos da professora gaúcha, as cláusulas gerais podem ser conceituadas como *janelas abertas deixadas pelo legislador para preenchimento pelo aplicador do Direito, caso a caso*. São exemplos de cláusulas gerais constantes do Código Civil de 2002:

- *Função social do contrato – art. 421 do CC.*
- *Função social da propriedade – art. 1.228, § 1.º, do CC.*
- *Boa-fé – arts. 113, 187 e 422 do CC.*
- *Bons costumes – arts. 13 e 187 do CC.*
- *Atividade de risco – art. 927, parágrafo único, do CC.*

As *cláusulas gerais* têm um sentido dinâmico, o que as diferencia dos *conceitos legais indeterminados*, construções estáticas que constam da lei sem definição. Assim, pode-se afirmar que *quando o aplicador do direito cumpre a tarefa de dar sentido a um conceito legal indeterminado, passará ele a constituir uma cláusula geral*. Segue-se com tal premissa o posicionamento de Karl Engisch, para quem a cláusula geral não se confunde com a ideia de conceito legal indeterminado, eis que a primeira “contrapõe a uma elaboração ‘casuística’ das hipóteses legais. ‘Casuística’ é aquela configuração da hipótese legal (enquanto somatório dos pressupostos que condicionam a estatuição) que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria”.[7]

Consigne-se que muitas das cláusulas gerais são princípios, mas não necessariamente. Ilustrando, a função social do contrato é princípio contratual; ao contrário da cláusula geral de atividade de risco, que não é princípio da responsabilidade civil.

Ora, a adoção do sistema de cláusulas gerais pelo Código Civil de 2002 tem relação direta com a linha filosófica adotada por Miguel Reale na vastidão de sua obra. É notório que o jurista criou a sua própria *teoria do conhecimento e da essência jurídica*, a *ontognoseologia jurídica*, em que se busca o papel do direito nos enfoques subjetivo e objetivo, baseando-se em duas subteorias: o *culturalismo jurídico* e a *teoria tridimensional do direito*.[8] Vejamos de forma sistematizada:

a) *Culturalismo Jurídico (plano subjetivo)* – inspirado no trabalho de Carlos Cossio, Reale busca o enfoque jurídico no aspec subjetivo, do aplicador do direito. Três palavras orientarão a aplicação e as decisões a serem tomadas: *cultura, experiência* e *história*, que devem ser entendidas tanto do ponto de vista do julgador como no da sociedade, ou seja, do meio em que a decisão será prolatada.

b) *Teoria tridimensional do direito (plano objetivo)* – para Miguel Reale, *direito é fato, valor e norma*. Ensina o Mestre qu a sua *teoria tridimensional do direito* e do Estado vem sendo concebida desde 1940, distinguindo-se das demais teorias por ser "concreta e dinâmica", eis que "fato, valor e norma estão sempre presentes e correlacionados em qualquer expressão da vida jurídica, seja ela estudada pelo filósofo ou o sociólogo do direito, ou pelo jurista como tal, ao passo que, na tridimensionalidade genérica ou abstrata, caberia ao filósofo apenas o estudo do valor, ao sociólogo de fato e ao jurista a norma (tridimensionalidade como requisito essencial do direito)".[9]

Pela conjugação das duas construções, na análise dos institutos jurídicos presentes no Código Civil de 2002, muitos deles abertos, genéricos e indeterminados, o jurista e o magistrado deverão fazer um mergulho profundo nos fatos que margeiam a situação, para então, de acordo com os seus valores e da sociedade – construídos após anos de educação e de experiências –, aplicar a norma de acordo com os seus limites, procurando sempre interpretar sistematicamente a legislação privada. *Fato*, *valor* e *norma* serão imprescindíveis a apontar o caminho seguido para a aplicação do Direito. Dessa forma, dar-se-á o preenchimento das cláusulas gerais, das *janelas abertas*. Por esse processo os conceitos legais indeterminados ganham determinação jurídica, diante da atuação do magistrado, sempre guiado pela equidade.

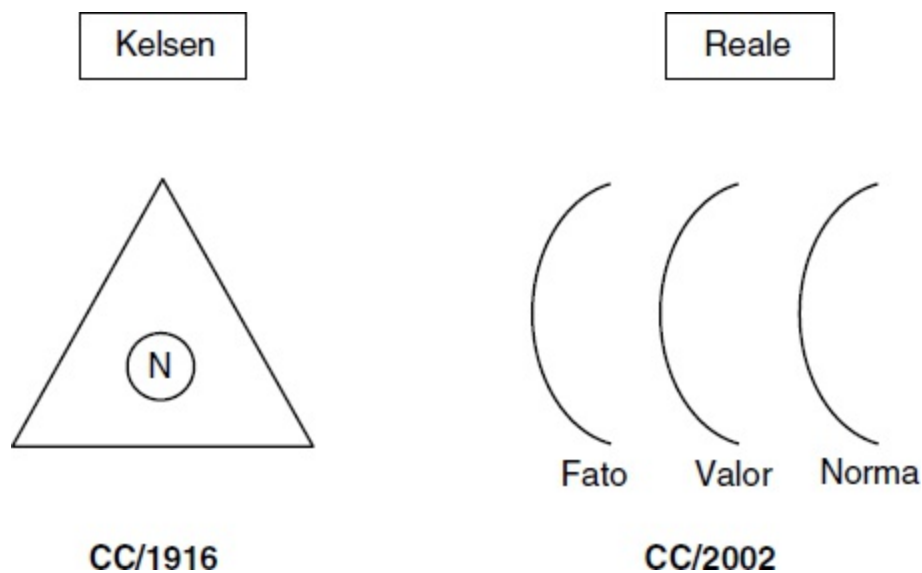
Primeiro, o magistrado julgará de acordo com a sua *cultura*, bem como do meio social. Isso porque os elementos culturais e valorativos do magistrado serão imprescindíveis para o preenchimento da discricionariedade deixada pela norma privada. Ganha destaque o *valor* como elemento formador do direito.

Segundo, tudo dependerá da *história* do processo e dos institutos jurídicos a ele relacionados, das partes que integram a lide e também a história do próprio aplicador. Aqui, ganha relevo o *fato*, outro elemento do direito, de acordo com a construção de Reale.

Por fim, a *experiência* do aplicador do direito, que reúne *fato* e *valor* simbioticamente, visando à aplicação da *norma*. Esta, sim, elemento central daquilo que se denomina *ontognoseologia*, a teoria do conhecimento, da essência jurídica, criada por Miguel Reale. Encaixa-se perfeitamente a proposta de Reale, para que sejamos *juristas* – no ponto de vista das normas –, *sociólogos* – diante da análise dos fatos – e *filósofos* – sob o prisma dos valores.

Nunca é demais frisar que as cláusulas gerais que constam da atual codificação, a serem delineadas pela jurisprudência e pela comunidade jurídica, devem ser baseadas nas experiências pessoais dos aplicadores e dos julgadores, que também devem estar atualizados de acordo com os aspectos temporais, locais e subjetivos que envolvem a questão jurídica que lhes é levada para apreciação. Ilustrando, o aplicador do direito deve estar atento à evolução tecnológica, para não tomar decisões totalmente descabidas, como a de determinar o bloqueio de todos à Internet, visando

proteger a imagem individual de determinada pessoa. *A formação interdisciplinar é primordial para o jurista do século XXI*.

É certo que essa linha filosófica foi inserida no Código Civil, principalmente no capítulo que trata do Direito das Obrigações. Os desenhos a seguir demonstram muito bem a confrontação entre o Código Civil de 1916, concebido à luz da teoria positivista de Hans Kelsen, e o Código Civil de 2002, sob a teoria tridimensional de Miguel Reale:

Como se nota, a visão *kelseniana* é de uma pirâmide de normas, um sistema fechado e estático. Assim era o civilista da geração anterior, moderno. Privilegiava-se o apego à literalidade fechada da norma jurídica, prevalecendo a ideia de que a norma seria suficiente. A frase-símbolo dessa concepção legalista era: *o juiz é a boca da lei*.

A *visão realeana* é de três subsistemas: dos fatos, dos valores e das normas. O sistema é aberto e dinâmico, em constantes diálogos. Assim é o civilista da atual geração, pós-moderno. Privilegia-se a ideia de interação, de visão unitária do sistema, prevalecendo a constatação de que, muitas vezes, a norma não é suficiente. As cláusulas gerais são abertas e devem ser analisadas caso a caso. Frase-símbolo: *direito é fato, valor e norma*.

Superado esse estudo *jusfilosófico*, é preciso expor os principais marcos teóricos do Direito Civil brasileiro contemporâneo, a saber: o Direito Civil Constitucional, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e a teoria do diálogo das fontes.

2.1.1 Direito Civil Constitucional

A existência das grandes dicotomias em direito sempre permitiu que houvesse uma sistematização do ponto de vista da análise do próprio âmbito jurídico, concebido, de forma analítica, como um conjunto de normas. Contudo, diante da superabundância dessas normas, uma

organização teórica do direito que assegure uma definição genérica e lógica dos assuntos jurídicos fica bastante prejudicada, para não dizer inviabilizada. O *Big Bang Legislativo (explosão de leis)*, conforme simbologia criada por Ricardo Lorenzetti, dificultou o trabalho do aplicador do direito na busca de uma sistematização.

Sabe-se que a distinção entre Direito Público e Direito Privado não é apenas um método de classificação, de ordenação dos critérios de distinção dos tipos normativos, mas sim um poderoso instrumento de sistematização. Tal distinção remonta ao *Digesto, 1.1.1.2*, no *Corpus Juris Civilis* de Ulpiano, que dividiu o direito em *jus publicum* e *jus privatum*. Os critérios utilizados para que fosse feita essa distinção se baseavam na *utilidade* da lei: se fosse de utilidade pública, tratar-se-ia de uma lei de Direito Público; se fosse de utilidade particular, seria uma lei de Direito Privado.

Esse critério de *utilidade estrita* desde logo foi contestado, e chegou-se à conclusão que, em verdade, o critério para classificação da lei era baseado na *utilidade preponderante da lei*, uma vez que as *utilidades* de uma norma não ficam circunscritas a um único interesse, do Estado ou do particular, mas acabam se entrelaçando, de modo que a norma de uma natureza exerce influência em outra de natureza diversa.

Em princípio, o Direito Público tem como finalidade a ordem e a segurança geral, enquanto o Direito Privado reger-se-ia pela liberdade e pela igualdade. Enquanto no Direito Público somente seria válido aquilo que está autorizado pela norma, no Direito Privado tudo aquilo que não está proibido por ela seria válido. Mas essa dicotomia não é um obstáculo intransponível e a divisão não é absoluta, como nada é absoluto nos nossos dias atuais.

Nesse sentido, é interessante tecer alguns comentários sob a relação entre o Direito Civil e o Direito Constitucional, o que faz com que surja, para muitos, uma nova disciplina ou caminho metodológico, denominado *Direito Civil Constitucional*, da qual este autor é adepto e entusiasta.[10] A utilização da expressão *Direito Civil Constitucional* encontra raízes na doutrina italiana de Pietro Perlingieri.[11] No início de sua obra, Perlingieri aponta que a Constituição funda o ordenamento jurídico, pois "O conjunto de valores, de bens, de interesses que o ordenamento jurídico considera e privilegia, e mesmo a sua hierarquia traduzem o tipo de ordenamento com o qual se opera. Não existe, em abstrato, o ordenamento jurídico, mas existem ordenamentos jurídicos, cada um dos quais caracterizado por uma filosofia de vida, isto é, por valores e por princípios fundamentais que constituem a sua estrutura qualificadora".[12]

No Brasil, essa visão ganhou força na escola carioca, capitaneada pelos professores da Universidade do Estado do Rio de Janeiro Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barboza. No Paraná, Luiz Edson Fachin também faz escola com o ensino do Direito Civil Constitucional, na Universidade Federal do Paraná. No Nordeste é de se mencionar o trabalho de Paulo Luiz Netto Lôbo, também adepto dessa visão de sistema. Em São Paulo, destacam-se os trabalhos de Renan Lotufo, na PUCSP, e da professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka,

Titular na USP. Na Faculdade Autônoma de Direito (FADISP), onde lecionamos, uma das linhas de pesquisa do programa de doutorado é a *Constitucionalização dos Institutos de Direito Privado*. Em Brasília, na UNB, o professor Frederico Viegas de Lima igualmente se dedica aos estudos das interações entre o Direito Civil e a Constituição Federal de 1988.

O conceito de *Direito Civil Constitucional*, à primeira vista, poderia parecer um paradoxo. Mas não é. O direito é um sistema lógico de normas, valores e princípios que regem a vida social, que interagem entre si de tal sorte que propicie segurança – em sentido *lato* – para os homens e mulheres que compõem uma sociedade. O Direito Civil Constitucional, portanto, está baseado em uma *visão unitária do ordenamento jurídico*.[13] Ao tratar dos direitos fundamentais, José Joaquim Gomes Canotilho também fala em unidade da ordem jurídica, sustentando a viabilidade de uma interação entre o Direito privado e a Constituição, mesmo que em tom cético.[14] Para o mesmo Gustavo Tepedino, um dos principais idealizadores desse novo caminho metodológico, é "imprescindível e urgente uma releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição".[15] Desse modo, "reconhecendo a existência dos mencionados universos legislativos setoriais, é de se buscar a unidade do sistema, deslocando para a tábua axiológica da Constituição da República o ponto de referência antes localizado no Código Civil".[16]

O Direito Civil Constitucional, como uma mudança de postura, representa *uma atitude bem pensada*, que tem contribuído para a evolução do pensamento privado, para a evolução dos civilistas contemporâneos e para um sadio diálogo entre os juristas das mais diversas áreas. Essa inovação reside no fato de que há uma inversão da forma de interação dos dois ramos do direito – o público e o privado –, interpretando o Código Civil segundo a Constituição Federal em substituição do que se costumava fazer, isto é, exatamente o inverso.

Os próprios constitucionalistas reconhecem o fenômeno de interação entre o Direito Civil e o Direito Constitucional como realidade do que se convém denominar *neoconstitucionalismo, ou da invasão da Constituição*. E, por certo, o movimento brasileiro é único, é autêntico. Ressalta Eduardo Ribeiro Moreira que "As outras inovações do direito civil-constitucional têm de ser esse ponto de encontro, os direitos fundamentais nas relações entre particulares, interação vital com a transposição e redução entre o espaço privado e o espaço público, garantizador. Dois pontos basilares do direito civil-constitucional que funcionam em prol da dignidade humana. Outro ponto a ser destacado é que, apesar de partir do direito civil italiano, o direito civil-constitucional brasileiro é uma expansão e produção autêntica".[17] O também constitucionalista Ministro Luis Roberto Barroso igualmente demonstrou todo o seu entusiasmo em relação à visão civil-constitucional, tecendo comentários elogiosos.[18]

Deve ser feita a ressalva que, por tal interação, o Direito Civil não deixará de ser Direito Civil; e o Direito Constitucional não deixará de ser Direito Constitucional. O Direito Civil Constitucional nada mais é do que um novo caminho metodológico, que procura analisar os institutos privados a

partir da Constituição, e, eventualmente, os mecanismos constitucionais a partir do Código Civil e da legislação infraconstitucional, em *uma análise em mão dupla*.

Pois bem, três são os princípios básicos do *Direito Civil Constitucional*, conforme as lições de Gustavo Tepedino, o que é fundamental para a compreensão da essência desse marco teórico importante para a civilística contemporânea.[19]

O primeiro deles, aquele que pretende a proteção da dignidade da pessoa humana, está estampado no art. 1.º, III, do Texto Maior, sendo a valorização da pessoa um dos objetivos da República Federativa do Brasil. Trata-se do *superprincípio* ou *princípio dos princípios* como se afirma em sentido geral. A proteção da dignidade humana, a partir do modelo de Kant, constitui o principal fundamento da *personalização do Direito Civil*, da valorização da pessoa humana em detrimento do patrimônio.

O segundo princípio visa à solidariedade social, outro objetivo fundamental da República, conforme o art. 3.º, I, da CF/1988. Outros preceitos da própria Constituição trazem esse alcance, como no caso do seu art. 170, pelo qual: "a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da *justiça social*". Aqui também reside o objetivo social de erradicação da pobreza, do mesmo modo prevista na Constituição Federal de 1988 (art. 3.º, III).

Por fim, o princípio da isonomia ou igualdade *lato sensu*, traduzido no art. 5.º, *caput*, da Lei Maior, eis que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade". Quanto a essa igualdade, princípio maior, pode ser a mesma concebida pela seguinte expressão, atribuída a Aristóteles e também a Ruy Barbosa: *A lei deve tratar de maneira igual os iguais, e de maneira desigual os desiguais*. Do texto, nota-se na sua primeira parte a consolidação do princípio da igualdade *stricto sensu* (*a lei deve tratar de maneira igual os iguais*), enquanto a segunda traz o princípio da especialidade (*... e de maneira desigual os desiguais*). Essa é a essência da *igualdade substancial*.

Em obra lançada no ano de 2014, Luiz Edson Fachin demonstra os grandes desafios do Direito Privado Contemporâneo Brasileiro, em constante interação com a Constituição Federal. Expõe que são tendências atuais do nosso Direito Civil: "a incidência franca da Constituição nos diversos âmbitos das relações entre particulares, mormente nos contratos, nas propriedades e nas famílias, à luz de comandos inafastáveis de proteção à pessoa; há, nada obstante, criativas tensões entre a aplicação de regras (e princípios) constitucionais e o ordenamento privado codificado; como há, sob o sistema constitucional, concepções filosóficas, o Estado liberal patrocinou o agasalho privilegiado da racionalidade codificadora das relações interprivadas; a ordem pública pode limitar a autonomia ou o autorregulamento dos interesses privados, sob a vigilância das garantias fundamentais; os Códigos Civis são reinterpretados pelas Constituições do Estado Social de Direito".[20]

Como se verá, por diversas vezes, no presente trabalho, serão buscados esses princípios emergentes para solucionar polêmicas advindas da codificação privada, demonstrando uma dimensão do Direito Privado rompida com visão anterior, aliada a uma tendência de *personalização do direito privado*, de valorização da pessoa e da sua dignidade. A tríade dignidade-solidariedade-igualdade ou dignidade-personalidade-igualdade dará o tom deste volume único.

2.1.2 A eficácia horizontal dos direitos fundamentais

Com relação direta com o último tópico, constituindo outra tese de relevo do Direito Privado contemporâneo, é primaz estudar, agora de maneira mais aprofundada, a *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*, mecanismo que torna possível o *Direito Civil Constitucional*.

Essa *horizontalização dos direitos fundamentais* nada mais é do que o reconhecimento da existência e aplicação dos direitos que protegem a pessoa nas relações entre particulares. Nesse sentido, pode-se dizer que as normas constitucionais que protegem tais direitos têm aplicação imediata (*eficácia horizontal imediata*). Essa aplicação imediata está justificada pelo teor do art. 5.º, § 1.º, da Constituição Federal de 1988, pelo qual: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Para Daniel Sarmento, grande entusiasta da *eficácia horizontal* dos direitos fundamentais, a referida aplicação "é indispensável no contexto de uma sociedade desigual, na qual a opressão pode provir não apenas do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados, presentes em esferas como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa".[21]

Por certo é que essa *eficácia horizontal* traz uma visualização diversificada da matéria, eis que as normas de proteção da pessoa previstas na Constituição Federal sempre foram tidas como dirigidas ao legislador e ao Estado (*normas programáticas*). Essa concepção anterior não mais prevalece, o que faz com que a eficácia horizontal seja interessante à prática, a tornar mais evidente e concreta a proteção da dignidade da pessoa humana e de outros valores constitucionais.

Do ponto de vista da terminologia, não se justifica mais denominar a Constituição Federal de 1988 como uma *Carta Política*, fazendo crer que ela é mais dirigida ao legislador, tendo uma *eficácia vertical*. Melhor denominá-la, portanto, como uma *Carta Fundamental*, pela prevalência de sua *horizontalidade*, ou seja, pela sua subsunção direta às relações interprivadas. Ilustre-se que a dignidade humana é conceito que pode ser aplicado diretamente em uma relação entre empregador e empregado, entre marido e mulher, entre companheiros, entre pais e filhos, entre contratantes e assim sucessivamente. Isso, sem a necessidade de qualquer *ponte infraconstitucional*.

Como exemplo de aplicação da tese, pode ser citado julgado do Supremo Tribunal Federal em que foi adotada, no sentido de assegurar direito à ampla defesa a associado que fora excluído do

quadro de uma pessoa jurídica (*Informativo* n. *405 do STF)*:

> "A Turma, concluindo julgamento, negou provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que mantivera decisão que reintegrara associado excluído do quadro da sociedade civil União Brasileira de Compositores – UBC, sob o entendimento de que fora violado o seu direito de defesa, em virtude de o mesmo não ter tido a oportunidade de refutar o ato que resultara na sua punição – v. *Informativos* ns. *351*, *370* e *385*. Entendeu-se ser, na espécie, hipótese de aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas. Ressaltou-se que, em razão de a UBC integrar a estrutura do ECAD – Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, entidade de relevante papel no âmbito do sistema brasileiro de proteção aos direitos autorais, seria incontroverso que, no caso, ao restringir as possibilidades de defesa do recorrido, a recorrente assumira posição privilegiada para determinar, preponderantemente, a extensão do gozo e da fruição dos direitos autorais de seu associado. Concluiu-se que as penalidades impostas pela recorrente ao recorrido extrapolaram a liberdade do direito de associação e, em especial, o de defesa, sendo imperiosa a observância, em face das peculiaridades do caso, das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Vencidos a Min. Ellen Gracie, relatora, e o Min. Carlos Velloso, que davam provimento ao recurso, por entender que a retirada de um sócio de entidade privada é solucionada a partir das regras do estatuto social e da legislação civil em vigor, sendo incabível a invocação do princípio constitucional da ampla defesa" (STF, RE 201.819/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 11.10.2005).

Interessante verificar que, do julgado acima, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, pode ser retirada outra grande lição, a de que "Um meio de irradiação dos direitos fundamentais para as relações privadas seriam as cláusulas gerais (*Generalklausel*) que serviriam de 'porta de entrada' (*Einbruchstelle*) dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado". Trata-se daquilo que se denomina *eficácia horizontal mediata*, pois há uma ponte infraconstitucional para as normas constitucionais: as cláusulas gerais. Tal mecanismo é perfeitamente possibilitado pelo Código Civil de 2002, diante da adoção de um modelo aberto, conforme antes demonstrado.

No plano das Cortes Estaduais também podem ser encontradas várias decisões que aplicam a eficácia horizontal dos direitos fundamentais às relações privadas. Do Tribunal Paulista, destaque-se julgado com o seguinte trecho: "uma vez reconhecida, pela própria seguradora, a incapacidade do devedor, em razão de um câncer, e efetuado o pagamento integral da dívida financiada pela seguradora, não resta motivo plausível para que o Banco credor negue o levantamento da garantia e conceda a documentação necessária para a transferência da propriedade do bem, providência que, aliás, é um DIREITO do apelante. Se o débito já se encontrava integralmente quitado, o simples fato de haver uma ação revisional em andamento não poderia impedir o levantamento da hipoteca. A postura do Banco se afasta da boa-fé objetiva, descumpre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e afronta o princípio do solidarismo constitucional. Autor que se encontra acometido de doença maligna que possui tratamento reconhecidamente penoso para o paciente e custoso para sua família. Nada mais natural que possa, nesse momento de aflição e angústia, movimentar seu patrimônio da forma que bem entenda, seja para custear o tratamento, seja para dar melhor condição ao adoentado, pouco importa. Caberia aos apelantes receber a documentação necessária para a transmissão da propriedade do imóvel, uma vez que este já havia sido quitado pela seguradora.

Evidente a ofensa moral causada, que comporta reparação. Considerando que o contrato de financiamento se encontra quitado desde 03 de maio de 2004, reconhecendo o próprio Banco que o sinistro é datado de 01 de abril de 2003, permanecendo os apelantes até os dias atuais com a hipoteca pendendo sobre seu bem imóvel, deve ser fixada indenização por danos morais, em favor dos recorrentes, em quantia equivalente a R$ 16.000,00 (dezesseis mil reais), suficiente para reparar os danos causados e impingir ao Banco o dever de aprimorar a prestação de seus serviços" (TJSP, Apelação 9127680-34.2008.8.26.0000, Acórdão 6755404, Santos, 20.ª Câmara de Direito Privado, Rel.ª Des.ª Maria Lúcia Pizzotti, j. 20.05.2013, *DJESP* 12.06.2013).

Nota-se, por fim, que existe uma relação inafastável entre essa eficácia das normas que protegem a pessoa nas relações entre particulares e o sistema de cláusulas gerais adotado pela nova codificação. Em sintonia, com tudo o que foi aqui exposto, é preciso estudar a festejada tese do *diálogo das fontes*.

2.1.3 O diálogo das fontes

A tese do diálogo das fontes foi desenvolvida na Alemanha por Erik Jayme, professor da Universidade de Helderberg, trazida ao Brasil por Claudia Lima Marques, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. A essência da teoria é que as normas jurídicas não se excluem – supostamente porque pertencentes a ramos jurídicos distintos –, mas se complementam. Como se pode perceber há nesse marco teórico, do mesmo modo, a premissa de uma visão unitária do ordenamento jurídico.

A primeira justificativa que pode surgir para a sua aplicação refere-se à sua *funcionalidade*. É cediço que vivemos um momento de explosão de leis, um "*Big Bang legislativo*", como simbolizou Ricardo Lorenzetti. O mundo pós-moderno e globalizado, complexo e abundante por natureza, convive com uma quantidade enorme de normas jurídicas, a deixar o aplicador do Direito até desnorteado. Convive-se com a *era da desordem*, conforme expõe o mesmo Lorenzetti.[22] O *diálogo das fontes* serve como leme nessa tempestade de complexidade.

Relativamente às razões filosóficas e sociais da aplicação da tese, Claudia Lima Marques ensina que:

> "Segundo Erik Jayme, as características da cultura pós-moderna no direito seriam o pluralismo, a comunicação, a narração, o que Jayme denomina de 'le retour des sentiments', sendo o Leitmotiv da pós-modernidade a valorização dos direitos humanos. Para Jayme, o direito como parte da cultura dos povos muda com a crise da pós-modernidade. O pluralismo manifesta-se na multiplicidade de fontes legislativas a regular o mesmo fato, com a descodificação ou a implosão dos sistemas genéricos normativos ('Zersplieterung'), manifesta-se no pluralismo de sujeitos a proteger, por vezes difusos, como o grupo de consumidores ou os que se beneficiam da proteção do meio ambiente, na pluralidade de agentes ativos de uma mesma relação, como os fornecedores que se organizam em cadeia e em relações extremamente despersonalizadas. Pluralismo também na filosofia aceita atualmente, onde o diálogo é que legitima o consenso, onde os valores e princípios têm sempre uma dupla função, o 'double coding', e onde os valores são muitas vezes antinômicos. Pluralismo nos direitos

assegurados, nos direitos à diferença e ao tratamento diferenciado aos privilégios dos 'espaços de excelência' (JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 1995, II, Kluwer, Haia, p. 36 e ss.)."[23]

A primeira tentativa de aplicação da tese do *diálogo das fontes* se dá com a possibilidade de subsunção concomitante tanto do Código de Defesa do Consumidor quanto do Código Civil a determinadas relações obrigacionais, sobretudo aos contratos. Isso diante da já conhecida aproximação principiológica entre os dois sistemas, consolidada pelos princípios sociais contratuais, sobretudo pela boa-fé objetiva e pela função social dos contratos. Supera-se a ideia de que o Código Consumerista seria um *microssistema jurídico*, totalmente isolado do Código Civil de 2002.

Claudia Lima Marques demonstra *três* diálogos possíveis a partir da teoria exposta:[24]

a) Em havendo aplicação simultânea das duas leis, se uma lei servir de base conceitual para a outra, estará presente o *diálogo sistemático de coerência*. Exemplo: os conceitos dos contratos de espécie podem ser retirados do Código Civil mesmo sendo o contrato de consumo, caso de uma compra e venda (art. 481 do CC).

b) Se o caso for de aplicação coordenada de duas leis, uma norma pode completar a outra, de forma direta (*diálogo de complementaridade*) ou indireta (*diálogo de subsidiariedade).* O exemplo típico ocorre com os contratos de consumo que também são de adesão. Em relação às cláusulas abusivas, pode ser invocada a proteção dos consumidores constante do art. 51 do CDC e ainda a proteção dos aderentes constante do art. 424 do CC.

c) Os *diálogos de influências recíprocas sistemáticas* estão presentes quando os conceitos estruturais de uma determinada lei sofrem influências da outra. Assim, o conceito de consumidor pode sofrer influências do próprio Código Civil. Como afirma a própria Claudia Lima Marques, "é a influência do sistema especial no geral e do geral no especial, um diálogo de *doublé sens* (diálogo de coordenação e adaptação sistemática)".

Analisadas essas premissas, é interessante trazer à colação, com os devidos comentários, alguns julgados nacionais que aplicaram a tese do diálogo das fontes, propondo principalmente uma interação entre o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor.

De início, limitando os juros cobrados em cartão de crédito e aplicando a aclamada teoria, do Tribunal de Justiça da Bahia, entre tantas ementas que se repetem:

"Consumidor. Cartão de crédito. Juros abusivos. Código de Defesa do Consumidor. Juros estipulação usurária pecuniária ou real. Trata-se de crime previsto na Lei n.º 1.521/51, art. 4.º. Limitação prevista na Lei n.º 4.595/64 e das normas do Conselho Monetário Nacional, regulação vigorante, ainda que depois da revogação do art. 192 da CF/1988, pela Emenda Constitucional 40 de 2003. Manutenção da razoabilidade e limitação de prática de juros pelos artigos 161 do CTN combinando com 406 e 591 do CC 2002. A cláusula geral da boa-fé está presente tanto no Código de Defesa do Consumidor (arts. 4.º, III, e 51, IV, e § 1.º, do CDC) como no Código Civil de 2002 (arts 113, 187 e 422), que devem atuar em diálogo (diálogo das fontes, na expressão de Erik Hayme) e sob a luz da Constituição e dos direitos fundamentais para proteger os direitos dos consumidores (art. 7.º do CDC). Relembre-se, aqui, portanto, do Enunciado de n. 26 da Jornada de Direito Civil, organizada pelo STJ em 2002, que afirma: 'a cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao

juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como exigência de comportamento leal dos contratantes'. Recurso improcedente" (TJBA, Recurso 0204106-62.2007.805.0001-1, 2.ª Turma Recursal, Rel.ª Juíza Nicia Olga Andrade de Souza Dantas, *DJBA* 25.01.2010).

Do Tribunal do Rio Grande do Norte, da mesma maneira tentando uma aproximação conceitual entre os dois Códigos, colaciona-se:

"Civil. CDC. Processo Civil. Apelação cível. Juízo de admissibilidade positivo. Ação de indenização por danos morais. Contrato de promessa de compra e venda de imóvel. Notificação cartorária. Cobrança indevida. Prestação de serviços. Relação de consumo configurada. Incidência do Código Civil. Diálogo das fontes. Responsabilidade objetiva. Vício de qualidade. Dano moral configurado. Dano à honra. Abalo à saúde. *Quantum* indenizatório excessivo. Redução. Minoração da condenação em honorários advocatícios. Recurso conhecido e provido em parte" (TJRN, Acórdão 2009.010644-0, Natal, 3.ª Câmara Cível, Rel.ª Juíza Conv. Maria Neize de Andrade Fernandes, *DJRN* 03.12.2009, p. 39).

Tratando da coexistência entre as leis, enunciado fundamental da teoria do diálogo das fontes, destaque-se decisão do Tribunal do Rio Grande do Sul:

"Embargos de declaração. Ensino particular. Desnecessidade de debater todos os argumentos das partes. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Diálogo das fontes. 1. Formada a convicção pelo julgador que já encontrou motivação suficiente para alicerçar sua decisão, e fundamentada nesse sentido, consideram-se afastadas teses, normas ou argumentos porventura esgrimidos em sentidos diversos. 2. Em matéria de consumidor vige um método de superação das antinomias chamado de diálogo das fontes, segundo o qual o diploma consumerista coexiste com as demais fontes de direito como o Código Civil e Leis esparsas. Embargos desacolhidos" (TJRS, Embargos de Declaração 70027747146, Caxias do Sul, 6.ª Câmara Cível, Rel.ª Des.ª Liége Puricelli Pires, j. 18.12.2008, *DOERS* 05.02.2009, p. 43).

Por fim, sem prejuízo de inúmeros outros julgados que utilizaram a teoria do diálogo das fontes, merecem relevo os seguintes acórdãos do Tribunal de São Paulo, do mesmo modo buscando uma interação entre o CC/2002 e o CDC:

"Civil. Compromisso de compra e venda de imóvel. Transação. Carta de crédito. Relação de consumo. Lei 8.078/90. Diálogo das fontes. Abusividade das condições consignadas em carta de crédito. Validade do instrumento quanto ao reconhecimento de dívida. Processual civil. Honorários. Princípio da sucumbência e da causalidade. Arbitramento em conformidade com o disposto no artigo 20, § 3.º do CPC. Recurso desprovido" (TJSP, Apelação com Revisão 293.227.4/4, Acórdão 3233316, São Paulo, 2.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Boris Padron Kauffmann, j. 09.09.2008, *DJESP* 01.10.2008).

"Responsabilidade civil. Defeito em construção. Contrato de empreitada mista. Responsabilidade objetiva do empreiteiro. Análise conjunta do CC e CDC. Diálogo das fontes. Sentença mantida. Recurso improvido" (TJSP, Apelação com Revisão 281.083.4/3, Acórdão 3196517, Bauru, 8.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Caetano Lagrasta, j. 21.08.2008, *DJESP* 09.09.2008).

"Responsabilidade civil por vícios de construção. Desconformidade entre o projeto e a obra. Paredes de espessura inferior às constantes do projeto, que provocam alterações acústicas e de temperatura nas unidades autônomas. Responsabilidade da incorporadora e construtora pela correta execução do empreendimento. Vinculação da incorporadora e construtora à execução das benfeitorias prometidas, que integram o preço. Desvalorização do empreendimento. Indenização pelos vícios

de construção e pelas desconformidades com o projeto original e a oferta aos adquirentes das unidades. Inocorrência de prescrição ou decadência da pretensão ou direito à indenização. Incidência do prazo prescricional de solidez da obra do Código Civil. Diálogo das fontes com o Código de Defesa do Consumidor. Ação procedente. Recurso improvido" (TJSP, Apelação Cível 407.157.4/8, Acórdão 2635077, Piracicaba, 4.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 29.05.2008, *DJESP* 20.06.2008).

Superada essas exemplificações de diálogos entre o Direito Civil e o Direito do Consumidor, é imperioso dizer que também são possíveis *diálogos* entre o Direito Civil e o Direito do Trabalho, particularmente entre o Código Civil e a legislação trabalhista, o que é totalmente viável e, mais do que isso, plenamente recomendável.

Para esse diálogo, de início, é importante apontar que o Direito do Trabalho é ramo do Direito Privado, assim como o é o Direito Civil. Quanto ao contrato de trabalho, a sua própria concepção é feita com vistas à proteção do vulnerável dessa relação privada, o empregado ou trabalhador. Há tempos que o Direito do Trabalho lida com a diferença existente no contrato em questão, visando tutelar camadas da população desprotegidas e desamparadas. Talvez a legislação trabalhista seja o primeiro exemplo de *dirigismo contratual*, de intervenção do Estado e da lei nos contratos.

Conforme o art. 8.º da CLT, o direito comum e, logicamente, o Direito Civil são fontes subsidiárias do Direito do Trabalho. Na verdade, pela aplicação da tese do *diálogo das fontes*, o que se propõe é uma nova leitura desse comando legal. Não se deve mais considerar o Direito Civil como simples fonte subsidiária, mas, em alguns casos, como fonte direta do Direito do Trabalho.

Isso porque, em muitas situações atualmente comuns à prática trabalhista, não há normas de Direito do Trabalho regulamentando a matéria. Em casos tais é que as normas do Código Civil terão aplicação. Outro argumento interessante é que, quando a CLT entrou em vigor, não vivíamos esse momento de complexidade legislativa atual. Trazendo clarividência a essa complexidade, anote-se que a Emenda Constitucional 45/2004 ampliou enormemente a competência da Justiça do Trabalho para tratar de casos que antes eram da competência da Justiça Comum, como a responsabilidade civil por acidente de trabalho ou em decorrência do contrato de trabalho. Como não há legislação trabalhista a tratar do tema, o aplicador do Direito deve procurar socorro nas normas do Código Civil que tratam da responsabilidade civil.

Em suma, a partir da interação científica a doutrina civilista deve preencher as estantes do intérprete que atua na área trabalhista, para motivar o seu convencimento e os seus argumentos. Na área trabalhista, já podem ser encontrados julgados que fazem menção à teoria do diálogo das fontes, com destaque para o seguinte:

"Trabalho temporário. Aplicação da CLT ou outro diploma legal. Possibilidade. Diálogo das fontes. A circunstância de o trabalho temporário ser disciplinado pela lei 6.019/74, Não importa, de per si, em inaplicabilidade da CLT ou mesmo de outros diplomas legais, como o Código Civil, por exemplo, e isso porque, como se sabe, hodiernamente, diante do aumento dos microssistemas, regulando situações específicas, imprescindível o recurso ao denominado diá-logo das fontes, como

meio mais eficaz de proteção à parte mais fraca de uma relação jurídica, preservando-se a sua dignidade de pessoa humana e também por possibilitar uma visão de conjunto que um olhar parcial, por óbvio, não proporciona. Trabalho temporário. Contrato. Validade. Requisitos. A se entender que a mera celebração de contrato escrito e normalmente com cláusulas já previamente estabelecidas, entre as empresas prestadora e tomadora de serviços e entre aquela e o obreiro, apontando, passe a singeleza do vocábulo, 'secamente' qual o motivo da contratação, às vezes apenas assinalando com um 'X' um espaço em branco, atende ao quanto disposto na referida 'lex', bem é de ver que muito raramente se encontrará algum contrato de trabalho temporário que padeça de algum vício de nulidade, todos serão celebrados com a mais absoluta observância das normas legais pertinentes, de modo que, em situações nas quais se fala em substituição transitória de pessoal permanente ou quando o motivo determinante é o acréscimo extraordinário de serviços, há de ser apontado o que levou a que se desse uma ou outra situação, sendo totalmente insuficiente a mera alusão, sem maiores especificações, a respeitante necessidade. Em outras palavras, não basta dizer que o motivo da contratação do trabalho temporário é este ou aquele, mesmo porque, só em razão dos mesmos é que tal concerto pode ser ajustado, imprescindível o deixar claro qual a situação que provocou e/ou que dá sustentação ao motivo alegado; por exemplo, um pedido de cliente absolutamente imprevisto e que, para ser atendido, provoca – aí sim – um acréscimo extraordinário de serviço, do contrário, se mencionada situação não ficar devidamente apontada, a rigor, as normas aplicáveis não restaram satisfeitas, como deveriam sê-lo, o que leva à decretação de nulidade do contrato de trabalho temporário, por não demonstrado o preenchimento das condições necessárias à sua celebração" (TRT da 15.ª Região, Recurso Ordinário 1146-2007-059-15-00-9, Acórdão 45622/08, 5.ª Câmara, Rel. Des. Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani, *DOESP* 01.08.2008, p. 95).

A encerrar o presente tópico, destaque-se que a teoria do diálogo das fontes surge para substituir e superar os *critérios clássicos* de solução das antinomias jurídicas (hierárquico, especialidade e cronológico). Realmente, esse será o seu papel no futuro. No momento, ainda é possível conciliar tais critérios com a aclamada tese, premissa que guiará a presente obra, que tenta conciliar o clássico e o contemporâneo, o moderno e o pós-moderno.

2.1.4 A interação entre as teses expostas e a visão unitária do ordenamento jurídico

Para finalizar o estudo da introdução ao Código Civil de 2002, pode-se demonstrar uma relação direta entre o *diálogo das fontes*, a *constitucionalização do Direito Civil* (com o surgimento do *Direito Civil Constitucional*), a eficácia *horizontal dos direitos fundamentais*, a *personalização do Direito Civil* e o sistema de cláusulas gerais construído pela *ontognoseologia realeana*.

Ora, a constitucionalização do Direito Civil nada mais é do que um diálogo entre o Código Civil e a Constituição (Direito Civil Constitucional). Com isso se vai até a Constituição, onde repousa a proteção da pessoa como máxime do nosso ordenamento jurídico (personalização).

Para que essa proteção seja possível, deve-se reconhecer a *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*, ou seja, que as normas que protegem a pessoa, previstas no Texto Maior, têm aplicação imediata nas relações entre particulares. A *porta de entrada* dessas normas protetivas, nas relações privadas, pode se dar por meio das cláusulas gerais (*eficácia horizontal mediata*), ou mesmo de forma direta (*eficácia horizontal imediata*).

Em síntese, percebe-se que todas essas teorias possibilitam a visão de um sistema unitário, em que há mútuos diálogos e o reconhecimento da interdisciplinaridade. *Assim está sendo construído o Direito Civil Contemporâneo*.

2.2 PARTE GERAL DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. DA PESSOA NATURAL

2.2.1 Conceitos iniciais. A capacidade e conceitos correlatos

O Código Civil de 2002, a exemplo de seu antecessor, cuida primeiro da pessoa natural como sujeito de direito, entre os seus arts. 1.º a 39. Consigne-se que a atual codificação não reproduziu o preceito geral de seu conteúdo, constante do art. 1.º do CC/1916 o que, de fato, é dispensável ("Art. 1.º Este Código regula os direitos e obrigações de ordem privada concernentes às pessoas, aos bens e às suas relações").

Como dispositivo inaugural da norma privada, enuncia o art. 1.º do CC/2002 que "Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil". Três constatações pontuais podem ser retiradas do comando legal.

A *primeira* é que o artigo não faz mais menção a homem, como constava do art. 2.º do Código Civil, adaptando-se à Constituição Federal, que consagra a dignidade da pessoa humana (art. 1.º, inc. III). Trata-se de conquista do movimento feminista, uma das mobilizações efetivas que inaugurou a pós-modernidade jurídica.

A *segunda* constatação diz respeito à menção a deveres e não obrigações, como do mesmo modo constava do art. 2.º do CC/1916. Isso porque existem deveres que não são obrigacionais, em um sentido *patrimonializado*, caso dos deveres que decorrem da boa-fé.

Terceira, ao mencionar a pessoa na ordem civil, há um sentido de *socialidade*, como pregava Miguel Reale.

A norma em questão trata da *capacidade de direito ou de gozo*, que é aquela para ser sujeito de direitos e deveres na ordem privada, e que todas as pessoas têm sem distinção. Em suma, em havendo pessoa, está presente tal capacidade, não importando questões formais como ausência de certidão de nascimento ou de documentos.

É notório que existe ainda uma outra capacidade, aquela para exercer direitos, denominada como *capacidade de fato ou de exercício*, e que algumas pessoas não têm. São os incapazes, especificados pelos arts. 3.º e 4.º do CC/2002, e que receberão estudo em tópico próprio. Pois bem, a fórmula a seguir demonstra a questão da capacidade da pessoa natural:

CAPACIDADE DE DIREITO (GOZO) + CAPACIDADE DE FATO (EXERCÍCIO) = CAPACIDADE CIVIL PLENA

Repise-se que todas as pessoas têm a primeira capacidade, o que pressupõe a segunda, em regra, uma vez que a incapacidade é exceção.

O estudioso deve estar atento para os conceitos correlatos à capacidade da pessoa natural, a seguir expostos:

a) Legitimação – capacidade especial para determinado ato ou negócio jurídico. Como primeiro exemplo, cite-se a necessidade de outorga conjugal para vender imóvel, sob pena de anulabilidade do contrato (arts. 1.647, I, e 1.649 do CC). Outro exemplo envolve a venda de ascendente a descendente, havendo necessidade de autorização dos demais descendentes e do cônjuge do alienante, mais uma vez sob pena de anulabilidade (art. 496 do CC).
b) Legitimidade – é a capacidade processual, uma das condições da ação (art. 3.º do CPC). Constata-se que o próprio legislador utiliza os termos legitimação e legitimidade como sinônimos. Exemplificando, o art. 12, parágrafo único, do CC, trata dos legitimados processualmente para as medidas de tutela dos interesses do morto, fazendo uso do termo *legitimação*. O certo seria mencionar a legitimidade.
c) Personalidade – é a soma de caracteres da pessoa, ou seja, aquilo que ela é para si e para a sociedade. Afirma-se doutrinariamente que a capacidade é a medida da personalidade, ou seja, “a personalidade é um *quid* (substância, essência) e a capacidade um *quantum*”.[25]

Encerrado o estudo de tais conceitos inicias, parte-se à abordagem sobre o início da personalidade civil.

2.2.2 O início da personalidade civil. A situação jurídica do nascituro

A respeito do início da personalidade, enuncia o art. 2.º do atual Código Civil que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. A norma praticamente repete o já reticente art. 4.º do CC/1916.

Como é notório, o nascituro é aquele que foi concebido, mas ainda não nasceu. Parece ser mais correta a tese, encabeçada pela Professora Titular da USP Silmara Juny Chinellato, de que a proteção referente ao nascituro abrange também o embrião pré-implantatório *in vitro* ou crioconservado, ou seja, aquele que não foi introduzido no ventre materno.[26] Todavia, a questão não é pacífica, pois há corrente liderada por Maria Helena Diniz que deduz que o embrião não está abrangido pelo art. 2.º do CC/2002, uma vez que diferencia-se do nascituro por ter vida extrauterina.[27] Justamente por isso, o antigo Projeto de Lei Ricardo Fiúza (antigo PL 6.960/2002, atual PL 699/2011), pretende incluir no comando a menção expressa ao embrião, encerrando a polêmica doutrinária.

Mas a maior controvérsia existente não é essa, e sim a referente à personalidade civil do nascituro, uma vez que o art. 2.º do CC/2002 continua colocando em colisão as teorias *natalistas* e *concepcionistas*. A polêmica não foi encerrada pelo fato de a norma continuar a utilizar os termos *nascimento* e *concepção*. Na primeira parte, o artigo parece indicar que o nascituro não é pessoa, não tendo direito. Entretanto, na sua segunda parte afirma o contrário.

Para dirimir dúvidas, realizar pesquisa científica e aprofundar o seu estudo, este autor escreveu artigo sobre o tema intitulado *A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no Direito Brasileiro*.[28] Nesse trabalho de pesquisa, onde constam todas as referências bibliográficas, foram encontradas três correntes que procuraram justificar a situação do nascituro, que passam a ser expostas de forma pontual:

a) Teoria natalista

A *teoria natalista* prevalecia entre os *autores modernos* ou *clássicos* do Direito Civil Brasileiro, para quem o nascituro não poderia ser considerado pessoa, pois o Código Civil exigia e ainda exige, para a personalidade civil, o nascimento com vida. Assim sendo, o nascituro não teria direitos, mas mera expectativa de direitos. Como adeptos dessa corrente, da doutrina tradicional, podem ser citados Sílvio Rodrigues, Caio Mário da Silva Pereira e San Tiago Dantas. Na doutrina contemporânea, filia-se a essa corrente Sílvio de Salvo Venosa. Partem esses autores de uma interpretação literal e simplificada da lei, que dispõe que a personalidade jurídica começa com o nascimento com vida, o que traz a conclusão de que o nascituro não é pessoa.

O grande problema da *teoria natalista* é que ela não consegue responder à seguinte constatação e pergunta: se o nascituro não tem personalidade, não é pessoa; desse modo, o nascituro seria uma coisa? A resposta acaba sendo positiva a partir da primeira constatação de que haveria apenas expectativa de direitos. Além disso, a *teoria natalista* está totalmente distante do surgimento das novas técnicas de reprodução assistida e da proteção dos direitos do embrião. Também está distante de uma proteção ampla de direitos da personalidade, tendência do Direito Civil pós-moderno.

Do ponto de vista prático, a *teoria natalista* nega ao nascituro até mesmo os seus direitos fundamentais, relacionados com a sua personalidade, caso do direito à vida, à investigação de paternidade, aos alimentos, ao nome e até à imagem. Com essa negativa, a *teoria natalista* esbarra em dispositivos do Código Civil que consagram direitos àquele que foi concebido e não nasceu. Essa negativa de direitos é mais um argumento forte para sustentar a total superação dessa corrente doutrinária.

b) Teoria da personalidade condicional

A *teoria da personalidade condicional* é aquela pela qual a personalidade civil começa com o nascimento com vida, mas os direitos do nascituro estão sujeitos a uma condição suspensiva, ou seja,

são direitos eventuais. Como se sabe, a condição suspensiva é o elemento acidental do negócio ou ato jurídico que subordina a sua eficácia a evento futuro e incerto. No caso, a condição é justamente o nascimento daquele que foi concebido. Como fundamento da tese e da existência de direitos sob condição suspensiva, pode ser citado o art. 130 do atual Código Civil. Como entusiastas desse posicionamento, podem ser citados Washington de Barros Monteiro, Miguel Maria de Serpa Lopes e Clóvis Beviláqua, supostamente. Diz-se *supostamente* quanto ao último jurista, pois, apesar de ter inserido tal teoria no Código Civil de 1916, afirmava que "Parece mais lógico afirmar francamente, a personalidade do nascituro".[29] Na doutrina atual, Arnaldo Rizzardo segue o entendimento da teoria da personalidade condicional.

O grande problema da corrente doutrinária é que ela é apegada a questões patrimoniais, não respondendo ao apelo de direitos pessoais ou da personalidade a favor do nascituro. Ressalte-se, por oportuno, que os direitos da personalidade não podem estar sujeitos a condição, termo ou encargo, como propugna a corrente. Além disso, essa linha de entendimento acaba reconhecendo que o nascituro não tem direitos efetivos, mas apenas direitos eventuais sob condição suspensiva, ou seja, também mera expectativa de direitos.

Na verdade, com devido respeito ao posicionamento em contrário, consideramos que a *teoria da personalidade condicional* é essencialmente *natalista*, pois também parte da premissa de que a personalidade tem início com o nascimento com vida. Não há, portanto, uma *teoria mista*, como querem alguns. Por isso, em uma realidade que prega a personalização do Direito Civil, uma tese essencialmente *patrimonialista* não pode prevalecer.[30]

c) Teoria concepcionista

A *teoria concepcionista* é aquela que sustenta que o nascituro é pessoa humana, tendo direitos resguardados pela lei. Esse é o entendimento defendido por Silmara Juny Chinellato (a principal precursora da tese no Brasil), Pontes de Miranda, Rubens Limongi França, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Roberto Senise Lisboa, José Fernando Simão, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Francisco Amaral, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Antonio Junqueira de Azevedo, Gustavo Rene Nicolau, Renan Lotufo e Maria Helena Diniz. Em sua obra sobre a Parte Geral do Código Civil de 2002, lançada no ano de 2012, o Mestre Álvaro Villaça Azevedo também expõe que o correto é sustentar que a personalidade é adquirida desde a concepção.[31]

A maioria dos autores citados aponta que a origem da teoria está no *Esboço de Código Civil* elaborado por Teixeira de Freitas, pela previsão constante do art. 1.º da sua *Consolidação das Leis Civis*, segundo o qual "As pessoas consideram-se como nascidas apenas formadas no ventre materno; a Lei lhes conserva seus direitos de sucessão ao tempo de nascimento". Como é notório, esse *Esboço* inspirou o Código Civil argentino, que adota expressamente a *teoria concepcionista*.

Consigne-se que a conclusão pela corrente concepcionista consta do Enunciado n. 1, do Conselho da Justiça Federal (CJF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, e que também enuncia direitos ao natimorto, cujo teor segue: "Art. 2.º A proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura".

Como se pode notar, a *teoria concepcionista é aquela que prevalece entre os doutrinadores contemporâneos do Direito Civil Brasileiro*. Para essa corrente, o nascituro tem direitos reconhecidos desde a concepção. Quanto à Professora Maria Helena Diniz, há que se fazer um aparte, pois alguns autores a colocam como seguidora da *tese natalista*, o que não é verdade. A renomada doutrinadora, em construção interessante, classifica a personalidade jurídica em *formal* e *material*, a saber:

– *Personalidade jurídica formal* – é aquela relacionada com os direitos da personalidade, o que o nascituro já tem desde a concepção.
– *Personalidade jurídica material* – mantém relação com os direitos patrimoniais, e o nascituro só a adquire com o nascimento com vida.

A jurista afirma expressamente que a razão está com a *teoria concepcionista*, filiando-se a tal corrente teórica.[32]

A corrente concepcionista tem também prevalecido na recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. De início, em notório julgado foi reconhecido dano moral ao nascituro, pela morte de seu pai ocorrida antes do seu nascimento:

> "Direito civil. Danos morais. Morte. Atropelamento. Composição férrea. Ação ajuizada 23 anos após o evento. Prescrição inexistente. Influência na quantificação do *quantum*. Precedentes da turma. Nascituro. Direito aos danos morais. Doutrina. Atenuação. Fixação nesta instância. Possibilidade. Recurso parcialmente provido. I – Nos termos da orientação da Turma, o direito à indenização por dano moral não desaparece com o decurso de tempo (desde que não transcorrido o lapso prescricional), mas é fato a ser considerado na fixação do *quantum*. II – O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do *quantum*. III – Recomenda-se que o valor do dano moral seja fixado desde logo, inclusive nesta instância, buscando dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e retardamento da solução jurisdicional" (STJ, REsp 399.028/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4.ª Turma, j. 26.02.2002, *DJ* 15.04.2002, p. 232).

Anote-se que tal entendimento é perfilhado por outros arestos mais recentes da mesma Corte Superior, que confirmam a teoria concepcionista (por todos: STJ, AgRg no AgRg no AREsp 150.297/DF, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3.ª Turma, j. 19.02.2013, DJe 07.05.2013).

A mesma premissa foi adotada pelo STJ em outro julgado em que o nascituro foi tratado de forma igual em relação aos outros filhos já nascidos, em caso envolvendo acidente do trabalho que

vitimou o seu pai:

> "Responsabilidade civil. Acidente do trabalho. Morte. Indenização por dano moral. Filho nascituro. Fixação do *quantum* Indenizatório. *Dies a quo*. Correção monetária. Data da fixação Pelo juiz. Juros de mora. Data do evento danoso. Processo civil. Juntada de documento na fase recursal. Possibilidade, desde que não configurada A má-fé da parte e oportunizado o contraditório. Anulação do processo. Inexistência de dano. Desnecessidade. – Impossível admitir-se a redução do valor fixado a título de compensação por danos morais em relação ao nascituro, em comparação com outros filhos do *de cujus*, já nascidos na ocasião do evento morte, porquanto o fundamento da compensação é a existência de um sofrimento impossível de ser quantificado com precisão. – Embora sejam muitos os fatores a considerar para a fixação da satisfação compensatória por danos morais, é principalmente com base na gravidade da lesão que o juiz fixa o valor da reparação. (...)" (STJ, REsp 931.556/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 17.06.2008, *DJe* 05.08.2008).

Igualmente seguindo a teoria concepcionista – apesar de confusões no corpo do julgado – o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que cabe pagamento de indenização do seguro obrigatório por acidente de trânsito (DPVAT) pela morte do nascituro. Como se percebe, o feto foi tratado pelo acórdão como pessoa humana, o que é merecedor de elogios:

> "Recurso Especial. Direito securitário. Seguro DPVAT. Atropelamento de mulher grávida. Morte do feto. Direito à indenização. Interpretação da Lei n. 6194/74. 1 – Atropelamento de mulher grávida, quando trafegava de bicicleta por via pública, acarretando a morte do feto quatro dias depois com trinta e cinco semanas de gestação. 2 – Reconhecimento do direito dos pais de receberem a indenização por danos pessoais, prevista na legislação regulamentadora do seguro DPVAT, em face da morte do feto. 3 – Proteção conferida pelo sistema jurídico à vida intrauterina, desde a concepção, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana. 4 – Interpretação sistemático-teleológica do conceito de danos pessoais previsto na Lei n. 6.194/74 (arts. 3.º e 4.º). 5 – Recurso especial provido, vencido o relator, julgando-se procedente o pedido" (STJ, REsp 1120676/SC, Rel. Ministro Massami Uyeda, Rel. p/ Acórdão Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, j. 07.12.2010, *DJe* 04.02.2011)

A adoção da linha concepcionista foi confirmada em julgamento mais recente, de 2014, publicado no *Informativo* n. *547* da Corte Superior. Consta expressamente da sua publicação que "o ordenamento jurídico como um todo (e não apenas o CC) alinhou-se mais à teoria concepcionista – para a qual a personalidade jurídica se inicia com a concepção, muito embora alguns direitos só possam ser plenamente exercitáveis com o nascimento, haja vista que o nascituro é pessoa e, portanto, sujeito de direitos – para a construção da situação jurídica do nascituro, conclusão enfaticamente sufragada pela majoritária doutrina contemporânea. Além disso, apesar de existir concepção mais restritiva sobre os direitos do nascituro, amparada pelas teorias natalista e da personalidade condicional, atualmente há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante, uma vez que garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais. Portanto, o aborto causado pelo acidente de trânsito subsume-se ao comando normativo do art. 3.º da Lei 6.194/1974, haja vista que outra coisa não ocorreu, senão a morte do nascituro, ou o

perecimento de uma vida intrauterina" (STJ, REsp 1.415.727/SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 04.09.2014).

O debate das teorias relativas ao nascituro ganhou reforço com a entrada em vigor no Brasil da Lei 11.804, de 5 de novembro de 2008, conhecida como *Lei dos Alimentos Gravídicos*, disciplinando o direito de alimentos da mulher gestante (art. 1.º). Os citados *alimentos gravídicos*, nos termos da lei, devem compreender os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dele decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes à alimentação especial, assistências médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes (art. 2.º). Em verdade, a norma emergente em nada inova, diante dos inúmeros julgados que deferiam alimentos durante a gravidez ao nascituro (nesse sentido, ver, por exemplo: TJMG, Agravo 1.0000.00.207040-7/000, Araxá, 4.ª Câmara Cível, Rel. Des. Almeida Melo, j. 01.03.2001, *DJMG* 05.04.2001).

A respeito da nova norma, a sua terminologia é criticada por Silmara Juny Chinellato, principal precursora da teoria concepcionista no Brasil.[33] Em obra mais atual pontua a jurista:

> "A recente Lei 11.804, de 5 de novembro de 2008, que trata dos impropriamente denominados 'alimentos gravídicos' – desnecessário e inaceitável neologismo, pois alimentos são fixados para uma pessoa e não para um estado biológico da mulher – desconhece que o titular do direito a alimentos é o nascituro, e não a mãe, partindo de premissa errada, o que repercute no teor da lei."[34]

Tem razão a Professora Titular da USP, uma vez que a norma novel despreza toda a evolução científica e doutrinária no sentido de reconhecer os direitos do nascituro, principalmente aqueles de natureza existencial, fundados na sua personalidade. Desse modo, seria melhor que a lei fosse denominada *lei dos alimentos do nascituro*, ou algo próximo.

Esclarecida e consolidada a prevalência da *teoria concepcionista* no Direito Civil contemporâneo, cumpre trazer algumas palavras sobre a situação jurídica do embrião.

A Lei 11.105/2005, conhecida como Lei de Biossegurança, tutela a integridade física do embrião, reforçando a *teoria concepcionista*. Isso, diante da proibição da engenharia genética em embrião humano, como regra. O art. 5.º da referida lei autoriza a utilização de células-tronco embrionárias para fins científicos e terapêuticos, desde que os embriões sejam considerados como inviáveis. Além dessa situação, é possível a utilização das células embrionárias nos casos de embriões congelados há três anos ou mais, na data da publicação da lei, ou já congelados na data da publicação da norma, depois de completarem três anos, contados a partir da data do congelamento. A lei exige autorização dos genitores do embrião, para que sejam utilizados para tais fins. Como se pode notar, *a utilização de células-tronco embrionárias é exceção e não regra*.

Em maio de 2008, o Supremo Tribunal Federal discutiu a constitucionalidade do dispositivo, em ação declaratória de inconstitucionalidade proposta pela Procuradoria-Geral da República (ADIn 3.510). Seguindo a relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, por maioria de votos prevaleceu o entendimento de sua constitucionalidade, autorizando a pesquisa com células-tronco em nosso País.

Destaque-se que, apesar da filiação à tese concepcionista, este autor é favorável à constitucionalidade do comando em análise. Primeiro, porque a lei acaba trazendo uma presunção de morte do embrião, autorizando a utilização de suas células-tronco se eles forem inviáveis à reprodução. Segundo, porque a partir de uma ponderação de valores constitucionais, os interesses da coletividade quanto à evolução científica devem prevalecer sobre os interesses individuais ou de determinados grupos, sobretudo religiosos. A utilização de células-tronco para fins de terapia representa uma chama de esperança para inúmeras pessoas que enfrentam doenças e problemas de saúde. Por fim, insta repisar que os critérios para a utilização das referidas células são rígidos, o que traz a conclusão do seu caráter excepcional.

2.2.3 Os incapazes no Código Civil de 2002

Os incapazes estão tratados nos arts. 3.º e 4.º do CC/2002, conforme tabela a seguir:

Absolutamente incapazes (art. 3.º do CC)	Relativamente incapazes (art. 4.º do CC)
I – Os menores de dezesseis anos (menores impúberes). II – Os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III – Os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.	I – Os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos (menores púberes). II – Os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido. III – Os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo. IV – Os pródigos.

A respeito dos absolutamente incapazes, devem eles ser representados sob pena de nulidade absoluta do ato praticado (art. 166, I, do CC). Quanto aos relativamente incapazes, o instituto de suprimento é a assistência, sob pena de anulabilidade do negócio (art. 171, I). Na verdade, o sistema de incapacidade não protege a pessoa em si, mas os negócios e atos praticados, em uma visão excessivamente patrimonialista, que merece críticas.

Tais categorias de suprimento da incapacidade para os negócios jurídicos não se confunde com os institutos de direito assistencial dos incapazes. Para os menores incapazes há a tutela; para os maiores incapazes, a curatela.

Questão debatida pela doutrina se refere à hipótese concreta em que o negócio é celebrado com um incapaz antes do processo de interdição. Vindo a sentença declaratória de incapacidade

posterior, tal ato pode ser tido como nulo ou anulado? Tratando da matéria, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona seguem em parte a solução francesa no sentido de que os atos anteriores à interdição poderão ser tidos como inválidos se a causa da interdição existia anteriormente à época em que tais fatos foram praticados, podendo ser percebida pelo negociante capaz.[35] Em sentido próximo, mas com maior radicalidade, a visão clássica, mormente nos casos de incapacidade absoluta, vai no sentido de que os atos devem ser tidos como nulos.[36]

Na opinião deste autor, a melhor solução é aquela que prestigia a boa-fé e a confiança entre as partes, tidos como preceitos de ordem pública, conforme o Enunciado n. 363 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na *IV Jornada de Direito Civil*. Assim, a boa-fé *blinda* o adquirente que ignorava a situação do interdito, prevalecendo o negócio celebrado, se hígido for na substância e na forma. Destaque-se que pelo sistema do Código Civil de 2002, a boa-fé deve ser tida como presumida, e não a má-fé. Trazendo tal conclusão, do antigo e extinto Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo:

> "Ato jurídico. Requisitos. Agente absolutamente incapaz. Emissão de título executivo. Obrigação assumida, entretanto, antes da interdição judicial. Nulidade que só se reconhece se, ao tempo da realização do ato, a deficiência do contratante já era notória. Conjunto probatório dos autos que não aponta para essa conclusão. Presunção, por esta razão, da existência de boa-fé a reger o negócio jurídico. Nulidade não configurada. Embargos à execução improcedentes nesta parte. (...)" (1.º TACSP, AI 760087-9, 8.ª Câmara, Rel. Juiz Maurício Ferreira Leite, j. 05.05.1999).

Mais recentemente, do Tribunal Paulista, confirmando a premissa de que a boa-fé deve prevalecer sobre o aspecto formal da nulidade absoluta:

> "Prestação de serviços educacionais. Ação monitória. Inadimplemento de mensalidades. Nulidade do negócio jurídico firmado com interdito. Contrato celebrado antes do registro da sentença de interdição e da publicação de edital. Condição de incapaz que não era pública e, portanto, não oponível a terceiro de boa-fé. Efetiva prestação dos serviços; que exige a respectiva remuneração. Vedação ao enriquecimento sem causa. Recurso provido. 1. O instituto da interdição visa a proteger o incapaz, e não a servir de escudo para o locupletamento indevido do interdito ou de seus familiares. 2. Ainda: O direito e Justiça não toleram e devem coibir, onde quer que se apresente o enriquecimento a dano de terceiro, mesmo que o beneficiário seja incapaz, amental, criança, órfão ou viúva desvalida" (TJSP, Apelação n. 0002702-08.2009.8.26.0032, Acórdão 4922346, Araçatuba, Vigésima Nona Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Reinaldo Caldas, j. 02.02.2011, *DJESP* 16.03.2011).

Esclareça-se, por oportuno, que a citada problemática será retomada ainda nesse capítulo da obra, quando da abordagem da teoria das nulidades. Feito tal esclarecimento, vejamos o estudo detalhado dos absolutamente e relativamente incapazes.

2.2.3.1 *Dos absolutamente incapazes*

a) Os menores de 16 (dezesseis) anos – menores impúberes

Leva-se em conta o critério etário, não havendo necessidade de qualquer processo de interdição (presunção absoluta de incapacidade). Não houve qualquer inovação com a codificação de 2002, entendendo o legislador que, devido a essa idade, a pessoa ainda não atingiu o discernimento para distinguir o que pode ou não pode fazer na ordem privada.

Anote-se que, eventualmente, o ato praticado pelo menor absolutamente incapaz pode gerar efeitos. Esse o teor doutrinário do Enunciado n. 138 do CJF/STJ, aprovado na *III Jornada de Direito Civil*: "A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3.º, é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto". Ilustrando, um contrato celebrado por menor impúbere, de compra de um determinado bem de consumo, pode ser reputado válido, principalmente se houver boa-fé dos envolvidos. Além disso, a vontade dos menores nessas condições é relevante para os casos envolvendo a adoção e a guarda de filhos, cabendo a sua oitiva para expressarem sua opinião. No caso de adoção de maior de 12 anos, o consentimento do menor é essencial para o ato (art. 45, § 2.º, do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/1990).

b) Pessoas que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil

O comando legal em questão trata das pessoas que padeçam de doença ou deficiência mental, congênita ou adquirida em vida de caráter duradouro e permanente, e que não estão em condições de administrar seus bens ou praticar atos jurídicos de qualquer espécie. O ordenamento não admite os chamados *intervalos lúcidos*, pelo fato de a incapacidade mental estar revestida desse caráter permanente.

Para que seja declarada a incapacidade absoluta é necessário um processo próprio de interdição – de natureza declaratória e cuja sentença deve ser registrada no Registro Civil da Comarca em que residir o interdito –, previsto entre os arts. 1.177 e 1.186 do CPC. A velhice ou senilidade, por si só, não é causa de restrição da capacidade de fato, podendo ocorrer interdição em hipótese que a senectude originar de um estado patológico (nesse sentido, ver: TJMG, Acórdão 1.0701.00.006030-4/001, Uberaba, Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Francisco de Assis Figueiredo, Julgado em 01.06.2004, *DJMG* 25.06.2004). Por isso, é correto afirmar que *a incapacidade por deficiência mental não se presume*.

O legislador da atual codificação entendeu que a *expressão loucos de todos os gêneros*, contida no art. 5.º, II, do CC/1916, era discriminatória e violadora da dignidade humana, razão dessa alteração constante no art. 3.º, II, do CC. Ademais, o termo *loucos* era tido como genérico demais.

c) Pessoas que, mesmo por causa transitória, não puderam exprimir sua vontade

Trata-se de expressão ampla, que aumenta as hipóteses de incapacidade absoluta, incluindo

também o surdo-mudo que não pode manifestar sua vontade, que constava na codificação anterior (art. 5.º, III, do CC/1916). Todavia, se o surdo-mudo puder exprimir sua vontade, será considerado relativamente incapaz ou até plenamente capaz, dependendo do grau de possibilidade de sua expressão. O art. 3.º, III, inclui ainda pessoas que perderam a memória, bem como aqueles que estão em coma. Quanto aos ébrios habituais e os viciados em tóxicos, será visto que são considerados relativamente incapazes, em regra. Porém, dependendo da situação em que se encontrarem, poderão ser tidos como absolutamente incapazes, enquadrando-se no presente dispositivo.

> **OBSERVAÇÃO IMPORTANTE** – O *ausente não é mais considerado absolutamente incapaz como constava da codificação anterior (art. 5.º, IV, do CC/1916). A ausência significa morte presumida da pessoa natural*, após longo processo judicial, com três fases: curadoria dos bens do ausente, sucessão provisória e sucessão definitiva (arts. 22 a 39 do CC).

2.2.3.2 *Dos relativamente incapazes*

a) *Maiores de 16 anos e menores de 18 anos – menores púberes*

Percebe-se que a alteração substancial trazida pela atual codificação foi a de reduzir a idade para se atingir a maioridade civil, de 21 para 18 anos. Em sadio *diálogo interdisciplinar*, destaque-se que tal redução não atingiu a questão dos benefícios previdenciários dos filhos dependentes até os 21 anos, conforme consta do Enunciado n. 3, da *I Jornada de Direito Civil:* "A redução do limite etário para a definição da capacidade civil aos 18 anos não altera o disposto no art. 16, I, da Lei 8.213/1991, que regula específica situação de dependência econômica para fins previdenciários e outras situações similares de proteção, previstas em legislação especial".

Existem atos e negócios que os menores relativamente incapazes podem praticar, mesmo sem a assistência, como se casar, necessitando apenas de autorização dos pais ou representantes; elaborar testamento; servir como testemunha de atos e negócios jurídicos; requerer registro de seu nascimento; ser empresário, com autorização; ser eleitor; ser mandatário *ad negotia* (mandato extrajudicial). Em casos específicos, é possível a antecipação dos efeitos da maioridade civil, por meio da emancipação (art. 5.º, parágrafo único, do CC), instituto que será tratado em tópico próprio.

b) *Os ébrios habituais (aqueles que têm a embriaguez como hábito, no sentido de serem alcoólatras), os toxicômanos (viciados em tóxicos), e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido*

Trata-se de novidade da atual codificação privada que abrange três hipóteses, como se pode notar. Em todos os casos, haverá necessidade de um processo de interdição relativa, não se presumindo tais incapacidades. A sentença de interdição relativa deve apontar quais os atos que podem ser ou não praticados pelo relativamente incapaz. Enuncia o art. 1.772 do CC que pronunciada a interdição das pessoas descritas no art. 4.º, II e III, o juiz assinará, segundo o estado

ou o desenvolvimento mental do interdito, os limites da curatela do maior incapaz.

Eventualmente, dependendo do teor do laudo médico, as pessoas elencadas no comando podem ser enquadradas como absolutamente incapazes, particularmente nos incisos II e III do art. 3.º do CC. A título de ilustração, um alcoólatra que esteja em coma por grande lapso temporal será absolutamente incapaz.

c) Os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo

O art. 4.º, III, do CC, abrange os portadores de *síndrome de Down* e de outras anomalias psíquicas que apresentem sinais de desenvolvimento mental incompleto. A qualificação que consta nesse dispositivo depende mais uma vez de regular processo de interdição, podendo o excepcional ser também enquadrado como absolutamente incapaz (nesse sentido, ver TJSP, Apelação com Revisão 577.725.4/7, Acórdão 3310051, Limeira, 2.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Morato de Andrade, j. 21.10.2008, *DJESP* 10.12.2008). Destaque-se que o portador da *síndrome de Down* pode ser, ainda, plenamente capaz, o que depende da sua situação.

d) Os pródigos

São aqueles que dissipam de forma desordenada e desregrada os seus bens ou seu patrimônio, realizando gastos desnecessários e excessivos, sendo exemplo típico a pessoa viciada em jogatinas. Os pródigos devem ser interditados, com a nomeação de um curador, ficando privados dos atos que possam comprometer o seu patrimônio, tais como emprestar dinheiro, transigir, dar quitação, alienar bens, hipotecar ou agir em juízo (art. 1.782 do CC).

Todavia, poderá o pródigo exercer atos que não envolvam a administração direta de seus bens, como se casar ou manter união estável (nesse sentido, ver: TJMS, Acórdão 2007.007113-4/0000-00, Campo Grande, 4.ª Turma Cível, Rel. Des. Atapoã da Costa Feliz, *DJEMS* 16.05.2008, p. 33). Ao contrário do que se possa pensar, não é imposto ao pródigo que se casa o regime da separação total de bens de origem legal ou obrigatória, pois ele não consta no art. 1.641 do CC, que traz rol taxativo ou *numerus clausus* de hipóteses que restringem a liberdade da pessoa. No entanto, para fazer pacto antenupcial, pensamos que o pródigo necessita de assistência, pois há ato de disposição, sob pena de anulabilidade do ato (art. 171, I, do CC).

OBSERVAÇÃO IMPORTANTE – Em relação aos índios ou silvícolas, o Código Civil de 2002 não os considera mais como incapazes, como constava do art. 6.º, III, do CC/1916. A sua situação deve ser regida por lei especial, pelo que enuncia o art. 4.º, parágrafo único, do CC/2002. Essa lei especial é a Lei 6.001/1973, conhecida como Estatuto do Índio, que coloca o silvícola e sua comunidade, enquanto não integrados à comunhão nacional, sob o regime tutelar, devendo a assistência ser exercida pela FUNAI (Fundação Nacional do Índio). Enuncia o art. 7.º da referida norma que a esse regime tutelar aplicam-se, no que couber, os princípios e normas da tutela de direito comum. São nulos os atos praticados entre o índio não integrado e qualquer pessoa estranha à comunidade indígena quando não tenha havido assistência do órgão tutelar competente (art. 8.º do Estatuto do Índio). Não se aplica tal regra no caso em que o índio revele consciência e conhecimento do ato praticado,

desde que não lhe seja prejudicial, e da extensão dos seus efeitos (art. 8.º, parágrafo único). Qualquer índio poderá requerer ao Juiz competente a sua liberação do regime tutelar previsto nesta Lei, investindo-se na plenitude da capacidade civil, desde que preencha os requisitos seguintes: *a)* idade mínima de 21 anos; *b)* conhecimento da língua portuguesa; *c)* habilitação para o exercício de atividade útil, na comunhão nacional; *d)* razoável compreensão dos usos e costumes da comunhão nacional. O Juiz decidirá após instrução sumária, ouvidos o órgão de assistência ao índio e o Ministério Público, transcrita a sentença concessiva no registro civil (art. 9.º da Lei 6.001/1973).

2.2.4 A emancipação

A emancipação pode ser conceituada como sendo o ato jurídico que antecipa os *efeitos da aquisição da maioridade* e da consequente capacidade civil plena, para data anterior àquela em que o menor atinge a idade de 18 anos, para fins civis. *Com a emancipação, o menor deixa de ser incapaz e passa a ser capaz. Todavia, ele não deixa de ser menor*.

Tanto isso é verdade que, conforme o Enunciado n. 530, aprovado na *VI Jornada de Direito Civil*, evento realizado em 2013, "a emancipação, por si só, não elide a incidência do Estatuto da Criança e do Adolescente". Sendo assim, a título de exemplo, um menor emancipado não pode tirar carteira de motorista, entrar em locais proibidos para crianças e adolescentes ou ingerir bebidas alcoólicas. Tais restrições existem diante de consequências que surgem no campo penal, e a emancipação somente envolve fins civis ou privados.

A emancipação, regra geral, é definitiva, irretratável e irrevogável. De toda sorte, conforme se depreende de enunciado aprovado na *V Jornada de Direito Civil*, de novembro de 2011, a emancipação por concessão dos pais ou por sentença do juiz está sujeita a desconstituição por vício de vontade (Enunciado n. 397). Desse modo, é possível a sua anulação por erro ou dolo, por exemplo.

Trata-se de ato formal e solene em regra, eis que o Código Civil de 2002 exige o instrumento público como regra. De acordo com o Código Civil, a emancipação poderá ocorrer nas seguintes situações (art. 5.º, parágrafo único) – rol esse que é taxativo (*numerus clausus*):

a) *Emancipação voluntária parental* – por concessão de ambos os pais ou de um deles na falta do outro. Em casos tais, não é necessária a homologação perante o juiz, eis que é concedida por instrumento público e registrada no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais. Para que ocorra a emancipação parental, o menor deve ter, no mínimo, 16 anos completos.

b) *Emancipação judicial* – por sentença do juiz, em casos, por exemplo, em que um dos pais não concorda com a emancipação, contrariando um a vontade do outro. A decisão judicial, por razões óbvias, afasta a necessidade de escritura pública. Tanto a emancipação voluntária quanto a judicial devem ser registradas no Registro Civil das pessoas naturais, sob pena de não produzirem efeitos (art. 107, § 1.º, da Lei 6.015/1973 – LRP). A emancipação legal, por outro lado, produz efeitos independentemente desse registro.

c) *Emancipação legal matrimonial* – pelo casamento do menor. Consigne-se que a idade núbil tanto do homem quanto da mul é de 16 anos (art. 1.517 do CC), sendo possível o casamento do menor se houver autorização dos pais ou dos seus representantes. O divórcio, a viuvez e a anulação do casamento não implicam no retorno à incapacidade. No entanto,

entende parte da doutrina que o casamento nulo faz com que se retorne à situação de incapaz, sendo revogável em casos tais a emancipação, o mesmo sendo dito quanto à inexistência do casamento. Para outra corrente, como no caso de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, tratando-se de nulidade e de anulabilidade do casamento, a emancipação persiste apenas se o matrimônio for contraído de boa-fé (hipótese de casamento putativo).[37] Em situação contrária, retorna-se à situação de incapacidade. As duas correntes estão muito bem fundamentadas. A última delas segue o entendimento de que o ato anulável também tem efeitos retroativos (*ex tunc*), conforme será abordado mais adiante e com o qual se concorda.

d) *Emancipação legal, por exercício de emprego público efetivo* – segundo a doutrina, a regra deve ser interpretada a inclu todos os casos envolvendo cargos ou empregos públicos, desde que haja nomeação de forma definitiva.[38] Estão afastadas, assim, as hipóteses de serviços temporários ou de cargos comissionados.

e) *Emancipação legal, por colação de grau em curso de ensino superior reconhecido* – para tanto, deve ser o curso superior reconhecido, não sendo aplicável à regra para o curso de magistério antigo curso *normal*. A presente situação torna-se cada vez mais difícil de ocorrer na prática.

f) *Emancipação legal, por estabelecimento civil ou comercial ou pela existência de relação de emprego, obtendo o men as suas economias próprias, visando a sua subsistência* – necessário que o menor tenha ao menos 16 anos, revelando amadurecimento e experiência desenvolvida. Ter *economia própria* significa receber um salário mínimo. Deve-se entender que não houve revogação das normas trabalhistas relativas ao empregado menor notadamente do art. 439 da CLT que enuncia: "é lícito ao menor firmar recibo pelo pagamento de salário. Tratando-se, porém, de rescisão do contrato de trabalho, é vedado ao menor de 18 (dezoito) anos dar, sem assistência dos seus responsáveis legais, a quitação ao empregador pelo recebimento da indenização que lhe for devida". Seguindo a ideia conciliadora do *diálogo das fontes*, prevê a Portaria MTE/SRT 1, de 25 de maio de 2006, da Secretaria de Relações do Trabalho, que "Não é necessária a assistência por responsável legal, na homologação da rescisão contratual, ao empregado adolescente que comprove ter sido emancipado". Não havendo emancipação, o que é possível, a norma da CLT continua tendo aplicação.

Além das previsões constantes do Código Civil, consigne-se que continua sendo possível a *emancipação legal do menor militar*, que possui 17 anos e que esteja prestando tal serviço, nos termos do art. 73 da Lei 4.375/1964, reproduzido pelo art. 239 do Decreto 57.654/1966.[39]

2.2.5 Os direitos da personalidade em uma análise civil-constitucional. A ponderação de direitos

Como inovação festejada, o Código Civil de 2002 passou a tratar dos direitos da personalidade entre os seus arts. 11 a 21. Destaque-se que a proteção de direitos dessa natureza não é uma total novidade no sistema jurídico nacional, eis que a Constituição Federal de 1988 enumerou os direitos fundamentais postos à disposição da pessoa humana. Por isso, é preciso abordar a matéria em uma *perspectiva civil-constitucional*, na linha doutrinária antes exposta.

Sabe-se que o Título II da Constituição de 1988, sob o título "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", traça as prerrogativas para garantir uma convivência digna, com liberdade e com igualdade para todas as pessoas, sem distinção de raça, credo ou origem. Tais garantias são genéricas, mas também são essenciais ao ser humano, e sem elas a pessoa humana não pode atingir sua plenitude e, por vezes, sequer pode sobreviver. Nunca se pode esquecer da vital importância do art. 5.º da CF/1988 para o nosso ordenamento jurídico, ao consagrar as *cláusulas pétreas*, que são

direitos fundamentais deferidos à pessoa. Para a efetivação desses direitos, Gustavo Tepedino defende a existência de uma *cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana*. São suas palavras:

> "Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2.º do art. 5.º, no sentido de não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento."[40]

Adotando a tese do Professor Tepedino, na *IV Jornada de Direito Civil*, evento de 2006, foi aprovado o Enunciado n. 274 do CJF/STJ, um dos mais importantes enunciados doutrinários das *Jornadas de Direito Civil*. A *primeira parte* da ementa do enunciado doutrinário prevê que "Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1.º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação". Em suma, existem outros direitos da personalidade tutelados no sistema, como aqueles constantes do Texto Maior. O rol do Código Civil é meramente exemplificativo (*numerus apertus*) e não taxativo (*numerus clausus*).

Mas, afinal, o que seriam então os *direitos da personalidade*? Vejamos alguns conceitos doutrinários, interessantes à teoria acadêmica e à prática civilista:

> – Rubens Limongi França – "Direitos da personalidade dizem-se as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim da sua projeção essencial no mundo exterior".[41]
>
> – Maria Helena Diniz – "São direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio, vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária) e sua integridade moral (honra, recato, segredo pessoal, profissional e doméstico, imagem, identidade pessoal, familiar e social)".[42]
>
> – Francisco Amaral – "Direitos da personalidade são direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual".[43]
>
> – Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald – "Consideram-se, assim, direitos da personalidade aqueles direitos subjetivos reconhecidos à pessoa, tomada em si mesma e em suas necessárias projeções sociais. Enfim, são direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, em que se convertem as projeções físicas, psíquicas e intelectuais do seu titular, individualizando-o de modo a lhe emprestar segura e avançada tutela jurídica".[44]
>
> – Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho – "aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais."[45]

Pelos conceitos transcritos, observa-se que os direitos da personalidade têm por objeto os modos de ser, físicos ou morais do indivíduo. O que se busca proteger com tais direitos são os atributos específicos da personalidade, sendo esta a qualidade do ente considerado *pessoa*. Em

síntese, pode-se afirmar que *os direitos da personalidade são aqueles inerentes à pessoa e à sua dignidade* (art. 1.º, III, da CF/1988).

Não se pode esquecer e negar que a pessoa jurídica possui direitos da personalidade por equiparação, conforme consta do art. 52 do Código Civil. Isso justifica o entendimento jurisprudencial pelo qual a pessoa jurídica pode sofrer dano moral (Súmula 227 do STJ).

Didaticamente, é interessante associar os direitos da personalidade com *cinco grandes ícones*, colocados em prol da pessoa no atual Código Civil e visualizados a seguir:

a) Vida e integridade físico-psíquica, estando o segundo conceito inserido no primeiro, por uma questão lógica.
b) Nome da pessoa natural ou jurídica, com proteção específica constante entre os arts. 16 a 19 do CC, bem como na Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973).
c) Imagem, classificada em *imagem-retrato* – reprodução corpórea da imagem, representada pela fisionomia de alguém; e *imagem-atributo* – soma de qualificações de alguém ou *repercussão social da imagem*.[46]
d) Honra, com repercussões físico-psíquicas, subclassificada em *honra subjetiva* (autoestima) e *honra objetiva* (repercussão social da honra). Tal divisão segue a doutrina, entre outros, de Adriano De Cupis, para quem “a honra significa tanto o valor moral íntimo do homem, como a estima dos outros, ou a consideração social, o bom nome ou a boa fama, como, enfim, o sentimento, ou consciência, da própria dignidade pessoal”.[47]
e) Intimidade, sendo certo que a vida privada da pessoa natural é inviolável, conforme previsão expressa do art. 5.º, X, da CF/1988: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Não se olvide que a exposição acima foi inspirada na doutrina de Rubens Limongi França, que divide os direitos da personalidade em três grandes grupos.[48] O primeiro deles está relacionado ao *direito à integridade física*, englobando o direito à vida e ao corpo, vivo ou morto. O segundo grupo é afeito ao *direito à integridade intelectual*, abrangendo a liberdade de pensamento e os direitos do autor. Por fim, há o *direito à integridade moral*, relativo à liberdade política e civil, à honra, ao recato, ao segredo, à imagem e à identidade pessoal, familiar e social.[49]

Repise-se, pois fundamental para a compreensão da matéria, que na concepção *civil-constitucional* – na esteira das lições de Gustavo Tepedino –, tais ícones devem ser relacionados com três princípios básicos constitucionais, a saber:

– Princípio da proteção da *dignidade* da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil (art. 1.º, III, da CF/1988).
– Princípio da *solidariedade* social, também um dos objetivos da República Federativa do Brasil (construção de uma “sociedade livre, justa e solidária” – art. 3.º, I, da CF/1988), visando também à erradicação da pobreza (art. 3.º, III, da CF/1988).
– Princípio da *igualdade lato sensu* ou isonomia, eis *que* “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (art. 5.º, *caput*, da CF/1988).

Didaticamente, podemos aqui trazer uma *regra de três*, afirmando que, *na visão civil-constitucional, assim como os direitos da personalidade estão para o Código Civil, os direitos fundamentais estão para a Constituição Federal*. Justamente por isso é que o Enunciado n. 274 da *IV Jornada de Direito Civil* estabelece que o rol dos direitos da personalidade previsto entre os arts. 11 a 21 do CC é meramente exemplificativo (*numerus apertus*). Aliás, mesmo o rol constante da Constituição não é taxativo, pois não exclui outros direitos colocados a favor da pessoa humana.

A título de exemplo, cite-se o direito à opção sexual, que não consta expressamente da Constituição Federal. Concretizando tal direito, o Superior Tribunal de Justiça entendeu pela possibilidade de reparação imaterial em decorrência da utilização de apelido em notícia de jornal, com o uso do termo "bicha". Vejamos a ementa da decisão, que resolve a questão pelo abuso de direito, instituto que ainda será estudado.

> "Direito civil. Indenização por danos morais. Publicação em jornal. Reprodução de cognome relatado em boletim de ocorrências. Liberdade de imprensa. Violação do direito ao segredo da vida privada. Abuso de direito. A simples reprodução, por empresa jornalística, de informações constantes na denúncia feita pelo Ministério Público ou no boletim policial de ocorrência consiste em exercício do direito de informar. Na espécie, contudo, a empresa jornalística, ao reproduzir na manchete do jornal o cognome – 'apelido' – do autor, com manifesto proveito econômico, feriu o direito dele ao segredo da vida privada, e atuou com abuso de direito, motivo pelo qual deve reparar os consequentes danos morais. Recurso especial provido" (STJ, REsp 613.374/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 17.05.2005, *DJ* 12.09.2005, p. 321).

Outro direito da personalidade que não está escrito em qualquer norma jurídica é o direito ao esquecimento, tão debatido na atualidade por doutrina e jurisprudência. No campo doutrinário, tal direito foi reconhecido pelo Enunciado n. 531 do CJF/STJ, aprovado na VI Jornada de Direito Civil, realizada em 2013 e com o seguinte teor: "A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento".

De acordo com as justificativas da proposta publicadas quando do evento, "Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados".

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, destaque-se decisão prolatada pela sua Quarta Turma, no Recurso Especial 1.334.097/RJ, julgado em junho de 2013. O acórdão reconheceu o *direito ao esquecimento* de homem inocentado da acusação de envolvimento na chacina da Candelária e que foi retratado pelo extinto programa Linha Direta, da TV Globo, mesmo após a absolvição criminal. A emissora foi condenada a indenizar o autor da demanda, por danos morais, em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). De acordo com o relator da *decisium*, Ministro Luis Felipe

Salomão, "Muito embora tenham as instâncias ordinárias reconhecido que a reportagem mostrou-se fidedigna com a realidade, a receptividade do homem médio brasileiro a noticiários desse jaez é apta a reacender a desconfiança geral acerca da índole do autor, que, certamente, não teve reforçada sua imagem de inocentado, mas sim a de indiciado". Nesse contexto, aduz o julgador que "Se os condenados que já cumpriram a pena têm direito ao sigilo de folha de antecedentes, assim também à exclusão dos registros da condenação no instituto de identificação, por maiores e melhores razões aqueles que foram absolvidos não podem permanecer com esse estigma, conferindo-lhes a lei o mesmo direito de serem esquecidos".

Com conteúdo prático fundamental para a compreensão da tendência da constitucionalização do Direito Civil, esse mesmo Enunciado n. 274 da *IV Jornada* prevê na sua segunda parte que em caso de colisão entre os direitos da personalidade deve-se adotar a *técnica de ponderação*. O desenvolvimento dessa técnica, no Direito Comparado, é atribuído a Robert Alexy, jurista alemão.[50]

Pela *técnica de ponderação*, em casos de difícil solução (*hard cases*) os princípios e direitos fundamentais devem ser sopesados no caso concreto pelo aplicador do Direito, para se buscar a melhor solução. Há assim *um juízo de razoabilidade de acordo com as circunstâncias do caso concreto*. A técnica exige dos aplicadores uma ampla formação, inclusive interdisciplinar, para que não conduza a situações absurdas. Este autor é grande entusiasta da utilização dessa técnica, de imensa carga valorativa, como também são os autores do Direito Civil Constitucional e parcela considerável dos constitucionalistas. Por diversas vezes essa técnica será utilizada na presente obra para a solução de casos práticos de conteúdo bem interessante. A ilustrar de imediato a incidência da ponderação, vejamos julgado do Superior Tribunal de Justiça, que trata de caso concreto bem peculiar (*Informativo* n. *467* do STJ):

> "Indenização. Danos materiais e morais. Exame involuntário. Trata-se, na origem, de ação de reparação por danos materiais e compensação por danos morais contra hospital no qual o autor, recorrente, alegou que preposto do recorrido, de forma negligente, realizou exame não solicitado, qual seja, anti-HIV, com resultado positivo, o que causou enorme dano, tanto material quanto moral, com manifesta violação da sua intimidade. A Turma, ao prosseguir o julgamento, por maioria, entendeu que, sob o prisma individual, o direito de o individuo não saber que é portador de HIV (caso se entenda que este seja um direito seu, decorrente da sua intimidade) sucumbe, é suplantado por um direito maior, qual seja, o direito à vida longeva e saudável. Esse direito somente se revelou possível ao autor da ação com a informação, involuntária é verdade, sobre o seu real estado de saúde. Logo, mesmo que o indivíduo não queira ter conhecimento da enfermidade que o acomete, a informação correta e sigilosa sobre o seu estado de saúde dada pelo hospital ou laboratório, ainda que de forma involuntária, tal como no caso, não tem o condão de afrontar sua intimidade, na medida em que lhe proporciona a proteção de um direito maior. Assim, a Turma, por maioria, negou provimento ao recurso" (REsp 1.195.995/SP, Rel. originária Min. Nancy Andrighi, Rel. para acórdão Min. Massami Uyeda, j. 22.03.2011).

Superado o tema da ponderação, que ainda será abordado em outros trechos desta obra, o Código Civil de 2002 tratou especificamente dos direitos da personalidade entre os seus arts. 11 a 21. Como se extrai da obra de Anderson Schreiber, alguns dos novos comandos apresentam

problemas técnicos, pois houve um tratamento excessivamente rígido da matéria.[51] Ademais, como aponta o jurista, "muitos dos dispositivos dedicados ao tema trazem soluções absolutas, definitivas, fechadas, que, como se verá adiante, não se ajustam bem à realidade contemporânea e à própria natureza dos direitos da personalidade".[52]

Partindo para a análise de suas características, os direitos da personalidade são tidos como intransmissíveis, irrenunciáveis, extrapatrimoniais e vitalícios, eis que comuns à própria existência da pessoa. Tratam-se ainda de direitos subjetivos, inerentes à pessoa (inatos), tidos como absolutos, indisponíveis, imprescritíveis e impenhoráveis. Anote-se que há proposta de inclusão expressa de todas essas características no art. 11 do CC, conforme o Projeto de Lei 699/2011, antigo Projeto 6.960/2002, de autoria original do Deputado Ricardo Fiuza.[53]

A seguir para a análise dos dispositivos da atual codificação privada, o primeiro dele é justamente o art. 11 do Código Civil, que enuncia: "Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária".

Como se pode notar, o dispositivo determina que os direitos da personalidade não possam sofrer limitação voluntária, o que gera o seu suposto *caráter absoluto*. Entretanto, por uma questão lógica, tal regra pode comportar exceções, havendo, eventualmente, relativização desse caráter ilimitado e absoluto. Prevê o Enunciado n. 4 do CJF/STJ, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, que "o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral". Em complemento, foi aprovado um outro Enunciado, de número 139, na *III Jornada de Direito Civil*, pelo qual "os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes". Pelo teor desses dois enunciados doutrinários, a *limitação voluntária* constante do art. 11 do CC seria somente aquela não permanente e que não constituísse abuso de direito, nos termos da redação do art. 187 da mesma codificação, que ainda utiliza as expressões *boa-fé* e *bons costumes*.

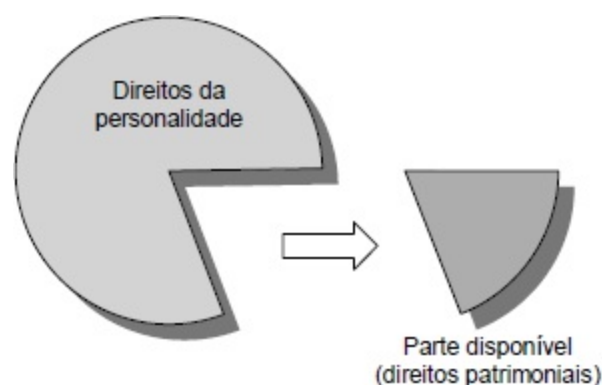
A título de exemplo, podem ser citados os casos relativos à cessão onerosa dos direitos patrimoniais decorrentes da imagem, que não pode ser permanente. Assim, pode-se dizer que um atleta profissional tem a liberdade de celebrar um contrato com uma empresa de material esportivo, visando à exploração patrimonial de sua imagem, como é comum. Entretanto, esse contrato não pode ser vitalício, como ocorre algumas vezes na prática, principalmente em casos de contratos celebrados entre jogadores de futebol brasileiros e empresas multinacionais. Esses contratos, geralmente, são celebrados no estrangeiro, mas se fossem celebrados no Brasil seriam nulos, por ilicitude de seu objeto, pois a cessão de uso dos direitos da personalidade é permanente (art. 166, II, do CC e Enunciado n. 4 do CJF/STJ).

A ilustrar de outro modo, cite-se a cessão patrimonial dos direitos do autor, segundo art. 28 da

Lei 9.610/1998, pelo qual "cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica".

A mesma tese vale para os contratos assinados pelos participantes de *programas de realidade* (*reality shows*), caso do programa *Big Brother Brasil*, veiculado pela TV Globo. Em programas dessa natureza, é comum a celebração de um contrato em que o participante renuncia ao direito a qualquer indenização a título de dano moral, em decorrência da edição de imagens. O contrato de renúncia é nulo, sem dúvida, aplicação direta dos arts. 11 e 166, VI, do CC. Por outro lado, concorda-se com Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado quando afirmam que o programa, em si, não traz qualquer lesão a direito da personalidade. Por outro lado, saliente-se que pode o participante ter a sua honra maculada pelo programa televisivo, dependendo da forma pela qual as imagens são expostas, cabendo medidas judiciais de proteção em casos tais (art. 12 do CC).[54]

Consigne-se o esclarecimento de Roxana Cardoso Brasileiro Borges, no sentido de que o direito da personalidade não é disponível no sentido estrito, sendo transmissíveis apenas as expressões do uso do direito da personalidade.[55] Em outras palavras, existem aspectos patrimoniais dos direitos da personalidade que podem ser *destacados* ou transmitidos, desde que de forma limitada.

Todas essas hipóteses constituem exceções à regra da intransmissibilidade e indisponibilidade, que confirmam a tendência de relativização de princípios, direitos e deveres, realidade atual da órbita constitucional e privada. Concluindo quanto ao tema, o desenho a seguir demonstra que existe uma parcela dos direitos da personalidade que é disponível (*disponibilidade relativa*), aquela relacionada com direitos subjetivos patrimoniais.

Em relação ao art. 12, *caput*, do Código Civil, trata-se do comando legal que possibilita a *tutela geral da personalidade* ("Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei"). Dois são os princípios que podem ser retirados da norma, com a possibilidade de medidas judiciais e extrajudiciais. Primeiro, há o *princípio da prevenção*. Segundo, consagra-se o *princípio da reparação integral de danos*.

No que concerne à *prevenção*, dispõe Enunciado n. 140 do CJF/STJ, aprovado na *III Jornada de Direito Civil* (dez. 2004) que "a primeira parte do art. 12 do Código Civil refere-se a técnicas de tutela específica, aplicáveis de ofício, enunciadas no art. 461 do Código de Processo Civil, devendo ser interpretada como resultado extensivo". Desse modo, cabe multa diária, ou *astreintes*, em ação cujo objeto é uma obrigação de fazer ou não fazer, em prol dos direitos da personalidade. Essa medida será concedida de ofício pelo juiz (*ex officio*), justamente porque a proteção da pessoa envolve ordem pública.

A exemplificar, se uma empresa lança um álbum de figurinhas de um jogador de futebol, sem a devida autorização, caberá uma ação específica tanto para vedar novas veiculações quanto para retirar o material de circulação (obrigação de fazer e de não fazer). Nessa ação, caberá a fixação de uma multa diária, ou de uma multa única, bem como a busca e apreensão dos álbuns. Tudo isso, repita-se, de ofício pelo juiz.

Quanto à *reparação integral dos danos*, continua merecendo aplicação a Súmula 37 do STJ, do ano de 1992, com a cumulação em uma mesma ação de pedido de reparação por danos materiais e morais, decorrentes do mesmo fato. Mais do que os danos morais, são ainda cumuláveis os danos estéticos, conforme reconhece a recente Súmula 387 do STJ, de 2009. No caso acima descrito, além da retirada dos álbuns do mercado, caberá ainda indenização por danos morais diante de sua circulação e do uso indevido de imagem. A propósito do tema, destaca-se julgado daquele Tribunal Superior:

> "Direito à imagem. Utilização com fins econômicos sem autorização. Dano moral. Indenização. Razoabilidade. Impossibilidade de revisão no STJ. Súmula 7. – A divulgação de fotografia sem autorização não gera, por si só, o dever de indenizar. 'Para imputar o dever de compensar danos morais pelo uso indevido da imagem com fins lucrativos é necessário analisar as circunstâncias particulares que envolveram a captação e exposição da imagem' (REsp 622.872/NANCY). – Não é necessária a demonstração do prejuízo. Tratando-se de direito à imagem, 'a obrigação de reparar decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo' (REsp 267.529/SÁLVIO). – Em recurso especial somente é possível revisar a indenização por danos morais quando o valor fixado nas instâncias locais for exageradamente alto, ou baixo, a ponto de maltratar o Art. 159 do Código Beviláqua. Fora desses casos, incide a Súmula 7, a impedir o conhecimento do recurso" (STJ, AgRg no Ag 735.529/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3.ª Turma, j. 28.11.2006, *DJ* 11.12.2006, p. 353).

O julgado e outros precedentes geraram a edição da Súmula 403 pelo STJ, em novembro de 2009, com a seguinte redação: "Independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais".

Pois bem, o parágrafo único do mesmo art. 12 do CC reconhece *direitos da personalidade ao morto*, cabendo legitimidade para ingressar com a ação correspondente aos *lesados indiretos*: cônjuge, ascendentes, descendentes e colaterais até quarto grau. Em casos tais, tem-se o dano indireto ou *dano em ricochete, uma vez que o dano atinge o morto e repercute em seus familiares*. Conforme enunciado aprovado na *V Jornada de Direito Civil*, de autoria do Professor Gustavo

Tepedino, tais legitimados agem por direito próprio em casos tais (Enunciado n. 400).

Injustificadamente, o art. 12, parágrafo único, do CC, não faz referência ao companheiro ou convivente, que ali deve ser incluído por aplicação analógica do art. 226, § 3.º, da CF/1988. Justamente por isso, o Enunciado n. 275 do CJF/STJ, da *IV Jornada de Direito Civil*, aduz que "O rol dos legitimados de que tratam os arts. 12, parágrafo único, e 20, parágrafo único, do Código Civil, também compreende o companheiro".

Pelo que consta do próprio enunciado, frise-se que, no caso específico de lesão à imagem do morto, o art. 20, parágrafo único, do CC/2002, também atribui legitimidade aos *lesados indiretos*, mas apenas faz menção ao cônjuge, aos ascendentes e aos descendentes, também devendo ser incluído o companheiro pelas razões já expostas. De fato, pelo que consta expressamente da lei, os colaterais até quarto grau não têm legitimação para a defesa de tais direitos, conclusão a que chegou o Enunciado n. 5 do CJF/STJ, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, cujo teor segue, de forma destacada:

> "Arts. 12 e 20: 1) as disposições do art. 12 têm caráter geral e aplicam-se inclusive às situações previstas no art. 20, excepcionados os casos expressos de legitimidade para requerer as medidas nele estabelecidas; 2) as disposições do art. 20 do novo Código Civil têm a finalidade específica de regrar a projeção dos bens personalíssimos nas situações nele enumeradas. Com exceção dos casos expressos de legitimação que se conformem com a tipificação preconizada nessa norma, a ela podem ser aplicadas subsidiariamente as regras instituídas no art. 12."

Pelo teor do último enunciado transcrito, que consubstancia o entendimento majoritário da doutrina, pode ser concebido o seguinte quadro esquemático:

Art. 12, parágrafo único, do CC.	*Art. 20, parágrafo único, do CC.*
Lesão a direitos da personalidade do morto.	*Lesão à imagem do morto.*
Legitimados pela norma: ascendentes, descendentes, cônjuge e colaterais até quarto grau.	*Legitimados pela norma: ascendentes, descendentes e cônjuge.*

A questão é muito controvertida, pois, afinal de contas, o conceito de imagem (incluindo a imagem-retrato e a imagem-atributo) encontra-se muito ampliado. Nesse contexto, haverá enormes dificuldades em enquadrar a situação concreta no art. 12 ou no art. 20 do Código Civil. Para uma melhor solução de tutela de direitos, pode-se até entender que os dispositivos trazem apenas relações exemplificativas dos legitimados extraordinariamente para os casos de lesão à personalidade do morto. Por outro caminho, pode-se concluir que os arts. 12, parágrafo único, e 20, parágrafo único, comunicam-se entre si. Comentando o último comando, leciona Silmara Chinellato, a quem se filia que "anoto que a legitimação aqui é menos extensa do que naquele parágrafo, já que omite os colaterais. É sustentável admitir a legitimação também a eles, bem como aos companheiros, uma vez

que o art. 12 se refere genericamente à tutela dos direitos da personalidade, entre os quais se incluem os previstos pelo art. 20".[56] Esse último entendimento afasta a rigidez do quadro exposto. Adotando essa ideia de flexibilização, independente da ordem de vocação hereditária, transcreve-se julgado do Tribunal Mineiro, que analisou lesão à personalidade do morto pela violação de sepultura:

> "Direito administrativo. Apelações. Violação de sepultura em cemitério municipal. Violação de urna funerária. Responsabilidade objetiva do Estado. Situação causadora de dano moral. Irmão do morto. Legitimidade. Dano moral de natureza gravíssima. Majoração da indenização. Possibilidade. Multa diária. Previsão legal. Juros. Percentual. Honorários advocatícios. Redução. Possibilidade. Recursos parcialmente providos. O artigo 12, parágrafo único, do Código Civil, autoriza qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau, a pleitear indenização por danos morais, quando se tratar de reflexos de direitos da personalidade do morto, sendo que o dispositivo não condiciona o ajuizamento da ação à observância da ordem de vocação hereditária a violação de sepultura e de urna funerária configura dano moral de natureza grave, de forma que, se as violações ocorreram por ordem de servidor público municipal, nas dependências de cemitério público municipal, é certo que o município responde objetivamente pelos danos morais causados ao irmão do morto" (TJMG, Apelação Cível 1.0699.07.071912-4/0021, Ubá, 4.ª Câmara Cível, Rel. Des. Moreira Diniz, j. 05.02.2009, *DJEMG* 27.02.2009).

Adotando a flexibilidade da ordem prevista nos comandos, na *V Jornada de Direito Civil* (novembro de 2011), aprovou-se o enunciado proposto pelo Professor André Borges de Carvalho Barros, com o seguinte teor: "As medidas previstas no artigo 12, parágrafo único, do Código Civil, podem ser invocadas por qualquer uma das pessoas ali mencionadas de forma concorrente e autônoma" (Enunciado n. 398).

Partindo para a prática, um dos julgados mais conhecidos a respeito da tutela da personalidade do morto é o relativo ao livro *Estrela solitária – um brasileiro chamado Garrincha*, em que se tutelou os direitos das filhas do jogador, reparando-as por danos morais sofridos em decorrência de afirmações feitas na publicação. Vejamos a ementa:

> "Civil. Danos morais e materiais. Direito à imagem e à honra de pai falecido. Os direitos da personalidade, de que o direito à imagem é um deles, guardam como principal característica a sua intransmissibilidade. Nem por isso, contudo, deixa de merecer proteção a imagem e a honra de quem falece, como se fossem coisas de ninguém, porque elas permanecem perenemente lembradas nas memórias, como bens imortais que se prolongam para muito além da vida, estando até acima desta, como sentenciou Ariosto. Daí porque não se pode subtrair dos filhos o direito de defender a imagem e a honra de seu falecido pai, pois eles, em linha de normalidade, são os que mais se desvanecem com a exaltação feita à sua memória, como são os que mais se abatem e se deprimem por qualquer agressão que lhe possa trazer mácula. Ademais, a imagem de pessoa famosa projeta efeitos econômicos para além de sua morte, pelo que os seus sucessores passam a ter, por direito próprio, legitimidade para postularem indenização em juízo, seja por dano moral, seja por dano material. Primeiro recurso especial das autoras parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido. Segundo recurso especial das autoras não conhecido. Recurso da ré conhecido pelo dissídio, mas improvido" (STJ, REsp 521.697/RJ, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, 4.ª Turma, j. 16.02.2006, *DJ* 20.03.2006, p. 276).

Mais recentemente, em 10 de abril de 2012, sentença de primeira instância da 7.ª Vara Cível de Aracaju, Sergipe, proibiu a vinculação do livro *Lampião – o mata sete*, estudo histórico realizado

pelo advogado Pedro de Moraes que afirma que Lampião era homossexual e constantemente traído por sua mulher, Maria Bonita. A ação foi proposta pela única filha do casal, Expedida Ferreira Nunes, concluindo o magistrado Aldo Albuquerque de Melo que, "conjugando o art. 5.º, X, da Constituição Federal com o art. 20, parágrafo único do Código Civil, verifica-se facilmente a ilicitude da conduta do requerido em pretender divulgar e publicar uma biografia de Lampião, sem autorização dos titulares do direito de imagem, no caso, a requerente" (Processo 201110701579). Como as figuras relatadas no livro são históricas ficava em xeque a ponderação realizada pelo julgador, uma vez que há um interesse coletivo no estudo realizado pelo advogado escritor.

Com correção, a sentença foi reformada pelo Tribunal de Justiça de Sergipe em acórdão da sua 2.ª Câmara Cível, prolatada 30 de setembro de 2014. Conforme o relator, Des. Siqueira Neto, a liberdade de expressão é valor fundamental na ordem democrática nacional. Sendo assim, não é papel do Poder Judiciário estabelecer padrões de conduta que impliquem restrição à divulgação das informações: "cabe, sim, impor indenizações compatíveis com ofensa decorrente de uma divulgação ofensiva". E arrematou, citando a doutrina de Marcelo Novelino, publicada por esta mesma casa editorial: "as pessoas públicas, por se submeterem voluntariamente à exposição pública, abrem mão de uma parcela de sua privacidade, sendo menor a intensidade de proteção". Aguarda-se que a *decisium* seja confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça no futuro.

O art. 13 do CC/2002 e seu parágrafo único preveem o direito de disposição de partes separadas do próprio corpo em vida para fins de transplante, ao prescrever que, "Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial". O dispositivo em questão serve *como uma luva* para os casos de adequação de sexo do transexual. Como se sabe, o transexualismo é reconhecido por entidades médicas como sendo uma patologia ou doença, pois a pessoa tem "um desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e ao autoextermínio" (Resolução 1.955/2010 do Conselho Federal de Medicina). O transexual constitui uma forma de "*wanna be*", pois a pessoa *quer ser* do outro sexo, havendo choques psíquicos graves atormentando-a. A Resolução do CFM não considera ilícita a realização de cirurgias que visam à adequação do sexo, geralmente do masculino para o feminino, autorizando a sua realização em nosso País.

Pontue-se, por oportuno, que apesar do atual tratamento do transexualismo como patologia – inclusive pela sua menção no Cadastro Internacional de Doenças da Organização Mundial de Saúde –, existem movimentos científicos e sociais que pretendem considerá-lo como uma condição sexual, assim como ocorreu com a homossexualidade no passado. Seguindo tal caminho, a situação passaria a ser denominada *transexualidade* e não *transexualismo*. Nesse contexto, existem ações em trâmite no Poder Judiciário que pleiteiam a alteração do nome sem a necessidade de realização da cirurgia

de adequação do sexo, muitas com êxito. Em agosto de 2014, foi reconhecida a repercussão geral sobre o tema pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão que teve como Relator o Min. Dias Toffoli (Recurso Extraordinário 670.422).

Na verdade, quanto à eventual adequação de sexo do indivíduo, à luz do artigo do Código Civil transcrito, podem ser feitas duas interpretações. A primeira, mais liberal, permite a mudança ou adequação do sexo masculino para o feminino, eis que muitas vezes a pessoa mantém os referidos choques psicológicos graves, havendo a necessidade de alteração, até para evitar que a mesma se suicide.[57] A segunda interpretação, baseada na segunda parte do dispositivo, conclui que está vedada a disposição do próprio corpo em casos tais, por contrariar os bons costumes, além de gerar perda da integridade física.[58]

Relativamente a tal discussão, este autor é adepto da primeira corrente, inclusive pelo reconhecimento, de acordo com o Enunciado n. 6 do CJF/STJ também da *I Jornada*, que o bem-estar mencionado no dispositivo pode ser físico ou psicológico do disponente. Mais especificamente, na *IV Jornada de Direito Civil*, foi aprovado o Enunciado n. 276, prevendo que: "O art. 13 do Código Civil, ao permitir a disposição do próprio corpo por exigência médica, autoriza as cirurgias de transgenitalização, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, e a consequente alteração do prenome e do sexo no Registro Civil".

Essa alteração do prenome e do registro civil é reconhecida pela jurisprudência de forma ampla, inclusive por aplicação da proteção da dignidade humana. Merecem destaque os acórdãos que surgiram no STJ no ano de 2009, publicados nos seus *Informativos* ns. *411* e *415*:

> "Registro civil. Retificação. Mudança. Sexo. A questão posta no REsp. Cinge-se à discussão sobre a possibilidade de retificar registro civil no que concerne a prenome e a sexo, tendo em vista a realização de cirurgia de transgenitalização. A Turma entendeu que, no caso, o transexual operado, conforme laudo médico anexado aos autos, convicto de pertencer ao sexo feminino, portando-se e vestindo-se como tal, fica exposto a situações vexatórias ao ser chamado em público pelo nome masculino, visto que a intervenção cirúrgica, por si só, não é capaz de evitar constrangimentos. Assim, acentuou que a interpretação conjugada dos arts. 55 e 58 da Lei de Registros Públicos confere amparo legal para que o recorrente obtenha autorização judicial a fim de alterar seu prenome, substituindo-o pelo apelido público e notório pelo qual é conhecido no meio em que vive, ou seja, o pretendido nome feminino. Ressaltou-se que não entender juridicamente possível o pedido formulado na exordial, como fez o Tribunal *a quo*, significa postergar o exercício do direito à identidade pessoal e subtrair do indivíduo a prerrogativa de adequar o registro do sexo à sua nova condição física, impedindo, assim, a sua integração na sociedade. Afirmou-se que se deter o julgador a uma codificação generalista, padronizada, implica retirar-lhe a possibilidade de dirimir a controvérsia de forma satisfatória e justa, condicionando-a a uma atuação judicante que não se apresenta como correta para promover a solução do caso concreto, quando indubitável que, mesmo inexistente um expresso preceito legal sobre ele, há que suprir as lacunas por meio dos processos de integração normativa, pois, atuando o juiz *supplendi causa*, deve adotar a decisão que melhor se coadune com valores maiores do ordenamento jurídico, tais como a dignidade das pessoas. Nesse contexto, tendo em vista os direitos e garantias fundamentais expressos da Constituição de 1988, especialmente os princípios da personalidade e da dignidade da pessoa humana, e levando-se em consideração o disposto nos arts. 4.º e 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil, decidiu-se autorizar a mudança de sexo de masculino para feminino, que consta do registro de nascimento, adequando-se documentos, logo facilitando a inserção social e profissional. Destacou-se que os documentos públicos devem ser fiéis aos fatos da vida, além do que deve haver segurança nos registros públicos. Dessa forma, no livro

cartorário, à margem do registro das retificações de prenome e de sexo do requerente, deve ficar averbado que as modificações feitas decorreram de sentença judicial em ação de retificação de registro civil. Todavia, tal averbação deve constar apenas do livro de registros, não devendo constar, nas certidões do registro público competente, nenhuma referência de que a aludida alteração é oriunda de decisão judicial, tampouco de que ocorreu por motivo de cirurgia de mudança de sexo, evitando, assim, a exposição do recorrente a situações constrangedoras e discriminatórias" (STJ, *Informativo* n. *415*, REsp 737.993/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 10.11.2009. Ver *Informativo* n. *411*).

Ainda sobre o art. 13 do CC, na *V Jornada de Direito Civil*, foi aprovado enunciado doutrinário com teor bem interessante, dispondo que não contraria os bons costumes a cessão gratuita de direitos de uso de material biológico para fins de pesquisa científica. Isso, desde que a manifestação de vontade tenha sido livre e esclarecida e puder ser revogada a qualquer tempo, conforme as normas éticas que regem a pesquisa científica e o respeito aos direitos fundamentais (Enunciado n. 401).

Na *VI Jornada de Direito Civil*, evento promovido em 2013, o comando voltou a ser debatido, aprovando-se o Enunciado n. 532, *in verbis*: "é permitida a disposição gratuita do próprio corpo com objetivos exclusivamente científicos, nos termos dos arts. 11 e 13 do Código Civil". O enunciado doutrinário visa a possibilitar pesquisas com seres humanos, sendo as suas justificativas: "pesquisas com seres humanos vivos são realizadas todos os dias, sem as quais não seria possível o desenvolvimento da medicina e de áreas afins. A Resolução CNS n. 196/96, em harmonia com o Código de Nuremberg e com a Declaração de Helsinque, dispõe que pesquisas envolvendo seres humanos no Brasil somente podem ser realizadas mediante aprovação prévia de um Comitê de Ética em Pesquisa – CEP, de composição multiprofissional, e com a assinatura do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido – TCLE pelo participante da pesquisa, no qual devem constar informações claras e relevantes acerca do objeto da pesquisa, seus benefícios e riscos, a gratuidade pela participação, a garantia de reparação dos danos causados na sua execução e a faculdade de retirada imotivada do consentimento a qualquer tempo sem prejuízo para sua pessoa". Em suma, a viabilidade do reconhecimento legal e jurídico de tais pesquisas com seres humanos estaria fundada nos arts. 11 e 13 do Código Civil de 2002, sempre de forma gratuita.

De acordo com o art. 14 da atual codificação, é possível, com objetivo científico ou altruístico (doação de órgãos), a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte, podendo essa disposição ser revogada a qualquer momento. A retirada *post mortem* dos órgãos deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica e depende de autorização de parente maior, da linha reta ou colateral até o 2.º grau, ou do cônjuge sobrevivente, mediante documento escrito perante duas testemunhas (art. 4.º da Lei 9.434/1997 e Lei 10.211/2001). A primeira norma, em sintonia com o que consta do art. 13, parágrafo único, do atual Código Civil, regulamenta questões relacionadas com os transplantes de órgãos.

Em relação a essa retirada *post mortem*, interessante ainda dizer que a nossa legislação adota o

princípio do consenso afirmativo, no sentido de que é necessária a autorização dos familiares do disponente. A Lei 10.211/2001 veio justamente a afastar a presunção que existia de que todas as pessoas eram doadores potenciais, o que era duramente criticado pela comunidade médica e jurídica. Contudo, para deixar claro que a decisão de disposição é um ato personalíssimo do disponente, na *IV Jornada de Direito Civil* foi aprovado o Enunciado n. 277 do CJF/STJ, determinando que: "O art. 14 do Código Civil, ao afirmar a validade da disposição gratuita do próprio corpo, com objetivo científico ou altruístico, para depois da morte, determinou que a manifestação expressa do doador de órgãos em vida prevalece sobre a vontade dos familiares, portanto, a aplicação do art. 4.º da Lei 9.434/1997 ficou restrita à hipótese de silêncio do potencial doador". Realmente, o enunciado doutrinário é perfeito. O ato é pessoal do doador, mantendo relação com a liberdade, com a sua autonomia privada. Caso se entendesse o contrário, toda a legislação quanto ao tema seria inconstitucional, por lesão à liberdade individual, uma das especializações da dignidade humana (art. 1.º, III, da CF/1988).

Ainda quanto ao dispositivo, na *V Jornada de Direito Civil* aprovou-se enunciado elucidativo a respeito dos incapazes, a saber: "O art. 14, parágrafo único, do Código Civil, fundado no consentimento informado, não dispensa o consentimento dos adolescentes para a doação de medula óssea prevista no art. 9.º, § 6.º, da Lei 9.434/97 por aplicação analógica dos arts. 28, § 2.º, (alterado pela Lei n. 12.010/2009) e 45, § 2.º, do ECA" (Enunciado n. 402). Para fins de esclarecimento, dispõe o art. 9.º, § 6.º, da Lei 9.434/97 que "O indivíduo juridicamente incapaz, com compatibilidade imunológica comprovada, poderá fazer doação nos casos de transplante de medula óssea, desde que haja consentimento de ambos os pais ou seus responsáveis legais e autorização judicial e o ato não oferecer risco para a sua saúde".

O art. 15 do atual Código Civil consagra os *direitos do paciente*, valorizando o *princípio da beneficência e da não maleficência*, pelo qual se deve buscar sempre o melhor para aquele que está sob cuidados médicos ou de outros profissionais de saúde. O comando enuncia que ninguém pode ser constrangido a submeter-se, sob risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica. O dispositivo parece ser expresso em trazer limitações aos direitos da personalidade. Alguns exemplos práticos devem ser analisados tendo como parâmetro esse comando legal.

No primeiro, um determinado paciente está à beira da morte, necessitando de uma cirurgia. Mas esta intervenção lhe trará também alto risco, ficando a dúvida se o médico deve ou não intervir. Pelo que consta no Novo Código de Ética Médica (art. 41 da Resolução 1.931/2009 do CFM), e em decorrência da responsabilidade civil dos profissionais liberais da área da saúde (art. 951 do CC), não há dúvidas de que a intervenção deve ocorrer, sob pena de responsabilização do médico, nas esferas civil, penal e administrativa. O que se nota, nesse contexto, é que o art. 15 do Código não pode permitir uma conclusão que sacrifique a vida, valor fundamental inerente à pessoa humana. Assim, o art. 15 do CC não exclui a proteção da vida.

No segundo exemplo surge um *hard case*, um caso de difícil solução, tipicamente brasileiro. No mesmo exemplo antes exposto, se o paciente sob risco de morte, por convicções religiosas, negar-se à intervenção cirúrgica, mesmo assim deve o médico efetuar a operação? Com todo o respeito em relação ao posicionamento em contrário, entendemos que, em casos de emergência, deverá ocorrer a intervenção cirúrgica, eis que o direito à vida merece maior proteção do que o direito à liberdade, particularmente quanto àquele relacionado com a opção religiosa. Em síntese, fazendo uma ponderação entre direitos fundamentais – *direito à vida X direito à liberdade ou opção religiosa* –, o primeiro deverá prevalecer. O Tribunal de Justiça de São Paulo tem seguido o posicionamento aqui defendido, afastando eventual direito à indenização do paciente que, mesmo contra a sua vontade, recebeu a transfusão de sangue:

> "Indenizatória – Reparação de danos – Testemunha de Jeová – Recebimento de transfusão de sangue quando de sua internação – Convicções religiosas que não podem prevalecer perante o bem maior tutelado pela Constituição Federal que é a vida – Conduta dos médicos, por outro lado, que pautou-se dentro da lei e ética profissional, posto que somente efetuaram as transfusões sanguíneas após esgotados todos os tratamentos alternativos – Inexistência, ademais, de recusa expressa a receber transfusão de sangue quando da internação da autora – Ressarcimento, por outro lado, de despesas efetuadas com exames médicos, entre outras, que não merece ser acolhido, posto não terem sido os valores despendidos pela apelante – Recurso não provido" (TJSP, Ap. Cív. 123.430-4, Sorocaba, 3.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Flávio Pinheiro, 07.05.2002, v.u.).

Do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pode ser extraída decisão no mesmo sentido, dispensando até a necessidade de autorização judicial para a cirurgia, em casos de risco à vida do paciente. Na verdade, o julgado reconhece que sequer há interesse de agir do hospital em casos tais:

> "Apelação cível. Transfusão de sangue. Testemunha de Jeová. Recusa de tratamento. Interesse em agir. Carece de interesse processual o hospital ao ajuizar demanda no intuito de obter provimento jurisdicional que determine à paciente que se submeta à transfusão de sangue. Não há necessidade de intervenção judicial, pois o profissional de saúde tem o dever de, havendo iminente perigo de vida, empreender todas as diligências necessárias ao tratamento da paciente, independentemente do consentimento dela ou de seus familiares. Recurso desprovido" (TJRS, Apelação Cível 70020868162, 5.ª Câmara Cível, TJRS, Rel. Umberto Guaspari Sudbrack, j. 22.08.2007).

Não há discordar das duas decisões aqui transcritas, que traduzem o entendimento majoritário da jurisprudência e do senso comum jurídico. Por oportuno, esclareça-se, que há corrente de respeito que entende pela prevalência da vontade do paciente. Nessa linha, entende Anderson Schreiber que "intolerável, portanto, que uma Testemunha de Jeová seja compelida, contra a sua livre manifestação de vontade, a receber transfusão de sangue, com base na pretensa superioridade do direito à vida sobre a liberdade de crença. Note-se que a priorização da vida representa, ela própria, uma 'crença', apenas que da parte do médico, guiado, em sua conduta, por um entendimento que não deriva das normas jurídicas, mas das suas próprias convicções científicas e filosóficas. (...). A vontade do paciente deve ser respeitada, porque assim determina a tutela da dignidade humana, valor

fundamental do ordenamento jurídico brasileiro”.[59]

Também adotando o entendimento pela prevalência da vontade do paciente por convicções religiosas, na *V Jornada de Direito Civil* foi aprovado o seguinte enunciado doutrinário (Enunciado n. 403):

> “O direito à inviolabilidade de consciência e de crença, previsto no art. 5.º, VI da Constituição Federal, aplica-se também à pessoa que se nega a tratamento médico, inclusive transfusão de sangue, com ou sem risco de morte, em razão do tratamento ou da falta dele, desde que observados os seguintes critérios: a) capacidade civil plena, excluído o suprimento pelo representante ou assistente; b) manifestação de vontade livre, consciente e informada; e c) oposição que diga respeito exclusivamente à própria pessoa do declarante”.

Com o devido respeito, não se filia ao entendimento adotado pelo enunciado doutrinário, pois as convicções religiosas manifestadas pela autonomia privada não podem prevalecer sobre a vida e a integridade física.

Ainda no que diz respeito ao art. 15 da atual codificação, na *VI Jornada de Direito Civil* (2013) foi aprovado o Enunciado n. 533, segundo o qual “O paciente plenamente capaz poderá deliberar sobre todos os aspectos concernentes a tratamento médico que possa lhe causar risco de vida, seja imediato ou mediato, salvo as situações de emergência ou no curso de procedimentos médicos cirúrgicos que não possam ser interrompidos”.

De acordo com as justificativas do enunciado doutrinário, “o crescente reconhecimento da autonomia da vontade e da autodeterminação dos pacientes nos processos de tomada de decisão sobre questões envolvidas em seus tratamentos de saúde é uma das marcas do final do século XX. Essas mudanças vêm-se consolidando até os dias de hoje. Inúmeras manifestações nesse sentido podem ser identificadas, por exemplo, a modificação do Código de Ética Médica e a aprovação da resolução do Conselho Federal de Medicina sobre diretivas antecipadas de vontade. O reconhecimento da autonomia do paciente repercute social e juridicamente nas relações entre médico e paciente, médico e família do paciente e médico e equipe assistencial. O art. 15 deve ser interpretado na perspectiva do exercício pleno dos direitos da personalidade, especificamente no exercício da autonomia da vontade. O ‘risco de vida’ será inerente a qualquer tratamento médico, em maior ou menor grau de frequência. Por essa razão, não deve ser o elemento complementar do suporte fático para a interpretação do referido artigo. Outro ponto relativo indiretamente à interpretação do art. 15 é a verificação de como o processo de consentimento informado deve ser promovido para adequada informação do paciente. O processo de consentimento pressupõe o compartilhamento efetivo de informações e a corresponsabilidade na tomada de decisão”.

Esse último enunciado doutrinário igualmente merece críticas, eis que, na opinião deste autor, a autonomia privada do paciente deve ser ponderada com outros direitos e valores, caso do direito à vida, conforme os exemplos antes expostos.

Os arts. 16 a 19 do CC tutelam o direito ao nome, sinal ou pseudônimo que representa uma pessoa natural perante a sociedade, contra atentado de terceiros, principalmente aqueles que expõem o sujeito ao desprezo público, ao ridículo, acarretando dano moral ou patrimonial. Sendo o nome reconhecido como um direito da personalidade, as normas que o protegem também são de ordem pública. Conforme o primeiro dispositivo todos os elementos que fazem parte do nome estão protegidos:

- o prenome, nome próprio da pessoa, podendo ser simples *(v.g., Flávio), ou composto (v.g., Flávio Murilo)*;
- o sobrenome, nome, apelido ou patronímico, nome de família, também podendo ser simples ou composto *(v.g., Tartuce, Silva)*
- a partícula *(da, dos, de)*;
- o agnome, que visa perpetuar um nome anterior já existente *(Júnior, Filho, Neto, Sobrinho)*.

A proteção de todos esses elementos consta expressamente no art. 17, pelo qual "o nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda que não haja intenção difamatória". Deve ficar claro, como bem pondera Silmara Chinellato, que a tutela do nome cabe mesmo sendo este utilizado indevidamente sem que exponha a pessoa ao desprezo público. Por isso, a jurista considera a dicção do preceito um retrocesso, o que é seguido por este autor.[60]

O nome também não pode ser utilizado, sem autorização, para fins de publicidade ou propaganda comercial (art. 18 do CC). Nos dois casos, tratados pelos arts. 17 e 18 da codificação, em havendo lesão, caberá reparação civil, fundamentada nos arts. 186 e 927 da codificação privada. Sendo possível, cabem também medidas de prevenção do prejuízo. Nesse sentido, preconiza o Enunciado n. 278, também da *IV Jornada de Direito Civil*, que "A publicidade que venha a divulgar, sem autorização, qualidades inerentes a determinada pessoa, ainda que sem mencionar seu nome, mas sendo capaz de identificá-la, constitui violação a direito da personalidade". Observe a aplicação dos dispositivos a respeito de lançamento de obra cultural, do Tribunal de São Paulo:

> "Recurso. Agravo de instrumento. Lançamento editorial. Uso de nome privativo para fins comerciais sem a autorização de seu titular. Violação ao art. 18 do Código Civil. Abstenção do uso e suspensão do lançamento. Cabimento. Supressão do nome. Matéria relegada ao juízo 'a quo' após regular dilação probatória. Recurso provido em parte" (TJSP, Agravo de Instrumento 650.433.4/6, Acórdão 4019744, São Paulo, 1.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Guimarães e Souza, j. 25.08.2009, *DJESP* 15.09.2009).

O art. 19 do CC consagra expressamente a proteção do pseudônimo, nome atrás do qual se esconde um autor de obra artística, literária ou científica. Essa proteção não constitui novidade, pois já constava no art. 24, II, da Lei 9.610/1998, que elenca os direitos morais do autor. Aliás, prevê especificamente o art. 27 dessa lei específica que os "direitos morais do autor são inalienáveis e irrenunciáveis". Apesar da falta de previsão, deve-se concluir que a proteção constante no art. 19 do

Código Civil atinge também o cognome ou alcunha, nome artístico utilizado por alguém, mesmo não constando esse no registro da pessoa. Nessa linha:

> "Medida cautelar. Cautela inominada. Utilização de nome artístico do autor em nova dupla sertaneja. Impedimento. Requisitos legais. Presença. Pseudônimo adotado para atividades lícitas que goza da mesma proteção dada ao nome. Artigo 19, do Código Civil. Recurso improvido" (TJSP, Agravo de Instrumento 4.021.314/3-00, São Paulo, 9.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Osni de Souza, j. 13.12.2005).

A Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973) traz tratamento específico quanto ao nome. Determina o art. 58 dessa lei especial que "o prenome é definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos e notórios". A experiência demonstra que é mais fácil a alteração do prenome do que do sobrenome, sendo certo que o nome, com todos os seus elementos, envolve tanto preceitos de ordem pública como de ordem privada. A alteração dos componentes do nome, mediante ação específica, cuja sentença deve ser registrada no cartório de registro das pessoas naturais, pode ocorrer nos seguintes casos:

a) Substituição do nome que expõe a pessoa ao ridículo ou a embaraços, inclusive em casos de homonímias (nomes iguais). Exemplos: Jacinto Aquino Rego, Sum Tim Am, João Um Dois Três de Oliveira Quatro, Francisco de Assis Pereira (nome do *maníaco do parque*).
b) Alteração no caso de erro de grafia crasso, perceptível de imediato. Exemplos: Frávio, Orvardo, Cráudio.
c) Adequação de sexo, conforme entendimento jurisprudencial transcrito.
d) Introdução de alcunhas ou cognomes. Exemplos: Lula, Xuxa, Tiririca.
e) Introdução do nome do cônjuge ou convivente.
f) Introdução do nome do pai ou da mãe, havendo reconhecimento posterior de filho ou adoção.
g) Para tradução de nomes estrangeiros como John (João) e Bill (Guilherme).
h) Havendo coação ou ameaça decorrente da colaboração com apuração de crime (proteção de testemunhas), nos termos da L 9.807/1999.
i) Para inclusão do sobrenome de um familiar remoto, conforme o entendimento jurisprudencial (TJMG, Acórdão 1.0024.06.056834-2/001, Belo Horizonte, Primeira Câmara Cível, Rel. Des. Armando Freire, j. 04.09.2007, *DJMG* 19.09.2007). Anote-se, contudo, que a questão não é pacífica na jurisprudência nacional.
j) Para inclusão do nome de família do padrasto ou madrasta por enteado ou enteada, havendo motivo ponderável para tanto e desde que haja expressa concordância dos primeiros, sem prejuízo de seus apelidos de família (art. 57, § 8.º, da Lei 6.015/1976, incluído pela Lei 11.924/2009, de autoria do falecido Deputado Clodovil Hernandes). Anote-se a existência de decisões judiciais aplicando a louvável inovação (por todos: TJRS, Agravo de instrumento 70058578360, 8.ª Câmara Cível, Rel. Des. Rui Portanova, j. 10.04.2014; TJSP, Apelação Cível 0206401-04.2009.8.26.0006, Rel. Des. João Pazine Neto, 3.ª Câmara de Direito Privado, j. 27.08.2013 e TJSC, Acórdão 2010.020381-0, Videira, 2.ª Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Nelson Schaefer Martins, j. 14.07.2011, *DJSC* 03.08.2011, p. 139).

O art. 56 da Lei de Registros Públicos consagra prazo decadencial de um ano, contado de quando o interessado atingir a maioridade civil, para que o nome seja alterado, desde que isso não prejudique os apelidos da família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa.

Apesar da literalidade da norma, o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo pela possibilidade de se alterar o nome mesmo após esse prazo, desde haja um motivo plausível para tanto, como nos casos de exposição do nome ao ridículo e lesão à dignidade humana (nesse sentido, ver, por todos: STJ, REsp 538.187/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 02.12.2004, *DJ* 21.02.2005, p. 170).

Superado o estudo do nome, o art. 20, *caput*, do CC tutela o direito à imagem e os direitos a ele conexos, confirmando a previsão anterior do art. 5.º, V e X, da CF/1988, que assegura o direito à reparação moral no caso de lesão à imagem. É a redação do dispositivo civil: "Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais".

Esclarecendo essa confusa redação, para a utilização da imagem de outrem é necessária autorização, sob pena de aplicação dos princípios da prevenção e da reparação integral dos danos. Mas essa autorização é dispensável se a pessoa interessar à ordem pública ou à administração da justiça, pelos exatos termos da lei. O enquadramento da pessoa nessas categorias depende de apreciação pelo magistrado, caso a caso. Nota-se, no art. 20 do CC, a presença de cláusulas gerais em relação aos conceitos de *necessárias à administração da justiça* e *manutenção da ordem pública*, devendo o magistrado aplicar a norma, tendo com base fatos (repercussões sociais da pessoa) e valores (da sociedade e próprios) – *teoria tridimensional do direito*.

Repise-se que a imagem da pessoa pode ser classificada em *imagem-retrato* – a fisionomia de alguém, o que é refletido no espelho – e *imagem-atributo* – a soma de qualificações do ser humano, o que ele representa para a sociedade. Ambas as formas de imagem parecem estar protegidas no *criticável* art. 20 do CC. Criticável, pois deve ficar claro que esse artigo não exclui o direito à informação e à liberdade da expressão, protegidos no art. 5.º, IV, IX e XIV, da CF/1988. Além disso, como aponta a atenta doutrina, há no art. 20 do Código Civil uma restrição muito rígida, com privilégio excessivo à vontade do retratado.[61] Partilhando dessa premissa, na *IV Jornada de Direito Civil*, foi aprovado o Enunciado n. 279 do CJF/STJ, no seguinte sentido:

> "A proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a notoriedade do retratado e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações".

De acordo com o enunciado doutrinário, recomenda-se prudência na análise das questões envolvendo a divulgação de notícias sobre determinadas pessoas, sendo interessante ponderar os direitos protegidos no caso concreto (*técnica de ponderação*). A ponderação é que deve guiar o aplicador do direito para os casos envolvendo a liberdade de imprensa, notadamente pela declaração

de inconstitucionalidade por não recepção da Lei de Imprensa pelo Supremo Tribunal Federal (ver *Informativo* n. *544* do STF).

De qualquer forma, deve-se dar prevalência à divulgação de imagens que sejam verdadeiras, desde que elas interessem à coletividade. Pode-se falar, assim, em *função social da imagem*. Ilustrando, no caso de uma pessoa notória, um artista famoso, por exemplo, a notícia pode até ser vinculada, desde que isso não gere uma devastação ou arruíne a sua vida. Havendo prejuízo à dignidade humana, serão aplicados os princípios da prevenção e da reparação integral, também constantes no art. 20 do CC.

Partindo para a prática da ponderação relativa ao dilema (direito à imagem *x* direito à informação), concluiu o Superior Tribunal de Justiça, em decisão publicada no seu *Informativo* n. *396*, que “Há, na questão, um conflito de direitos constitucionalmente assegurados. A Constituição Federal assegura a todos a liberdade de pensamento (art. 5.º, IV), bem como a livre manifestação desse pensamento (art. 5.º, IX) e o acesso à informação (art. 5.º, XIV). Esses direitos salvaguardam a atividade da recorrente. No entanto, são invocados pelo recorrido os direitos à reputação, à honra e à imagem, assim como o direito à indenização pelos danos morais e materiais que lhe sejam causados (art. 5.º, X). Para a solução do conflito, cabe ao legislador e ao aplicador da lei buscar o ponto de equilíbrio no qual os dois princípios mencionados possam conviver, exercendo verdadeira função harmonizadora. (...) Na hipótese, constata-se que a reportagem da recorrente, para sustentar essa sua afirmação, trouxe ao ar elementos importantes, como o depoimento de fontes fidedignas, a saber: a prova testemunhal de quem foi à autoridade policial formalizar notícia-crime e a opinião de um procurador da República. Ademais, os autos revelam que o próprio repórter fez-se passar por agente interessado nos benefícios da atividade ilícita, obtendo gravações que efetivamente demonstravam a existência de engenho fraudatório. Não se tratava, portanto, de um mexerico, fofoca ou boato que, negligentemente, divulgava-se em cadeia nacional. Acresça-se a isso que o próprio recorrido revela que uma de suas empresas foi objeto de busca e apreensão. Ao público, foram dadas as duas versões do fato: a do acusador e a do suspeito. Os elementos que cercaram a reportagem também mostravam que havia fatos a serem investigados. O processo de divulgação de informações satisfaz o verdadeiro interesse público, devendo ser célere e eficaz, razão pela qual não se coaduna com rigorismos próprios de um procedimento judicial. Desse modo, vê-se claramente que a recorrente atuou com a diligência devida, não extrapolando os limites impostos à liberdade de informação. A suspeita que recaía sobre o recorrido, por mais dolorosa que lhe seja, de fato, existia e era, à época, fidedigna. Se hoje já não pesam sobre o recorrido essas suspeitas, isso não faz com que o passado altere-se. Pensar de modo contrário seria impor indenização a todo veículo de imprensa que divulgue investigação ou ação penal que, ao final, mostre-se improcedente. Por esses motivos, deve-se concluir que a conduta da recorrente foi lícita, havendo violação dos arts. 186 e 927 do CC/2002. (...)” (STJ, REsp 984.803/ES, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26.05.2009).

Mais recentemente, com base na doutrina de Anderson Schreiber, aqui exaustivamente citada, o mesmo STJ aduziu os critérios que devem ser levados em conta para a correta ponderação nos casos envolvendo a imprensa e a divulgação de informações: "O Min. Relator, com base na doutrina, consignou que, para verificação da gravidade do dano sofrido pela pessoa cuja imagem é utilizada sem autorização prévia, devem ser analisados: (i) o grau de consciência do retratado em relação à possibilidade de captação da sua imagem no contexto da imagem do qual foi extraída; (ii) o grau de identificação do retratado na imagem veiculada; (iii) a amplitude da exposição do retratado; e (iv) a natureza e o grau de repercussão do meio pelo qual se dá a divulgação. De outra parte, o direito de informar deve ser garantido, observando os seguintes parâmetros: (i) o grau de utilidade para o público do fato informado por meio da imagem; (ii) o grau de atualidade da imagem; (iii) o grau de necessidade da veiculação da imagem para informar o fato; e (iv) o grau de preservação do contexto originário do qual a imagem foi colhida" (REsp 794.586/RJ, Rel. Min. Raul Araújo, j. 15.03.2012. Publicação no *Informativo* n. *493* do STJ). Os pontos destacados pela *decisio* servem como complemento ao mencionado Enunciado n. 279, da *IV Jornada de Direito Civil*.

De toda sorte, nos últimos anos de vigência da lei geral privada tem-se colocado em xeque a incidência do seu art. 20, pois o conteúdo da norma tem implicado em verdadeira censura, notadamente de obras biográficas de figuras históricas e que despertam o interesse coletivo.

Nessa realidade, foi proposta uma Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal contra o referido dispositivo, pela Associação Nacional dos Editores de Livros (ADIn 4.815, intentada em julho de 2012). O pedido da ação é no sentido de ser reconhecida a inconstitucionalidade parcial dos arts. 20 e 21 do CC/2002, sem redução de texto, "para que, mediante interpretação conforme a Constituição, seja afastada do ordenamento jurídico brasileiro a necessidade do consentimento da pessoa biografada e, *a fortiori*, das pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas) para a publicação ou veiculação de obras biográficas, literárias ou audiovisuais, elaboradas a respeito de pessoas públicas ou envolvidas em acontecimentos de interesse coletivo". A petição inicial é acompanhada de parecer muito bem construído pelo Professor Gustavo Tepedino.

Em sentido próximo, a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados aprovou, em maio de 2013, o texto do Projeto de Lei 393/2011. A proposição tende a acrescentar outro parágrafo ao art. 20 do CC/2002, dispondo que "a mera ausência de autorização não impede a divulgação de imagens, escritos e informações com finalidade biográfica de pessoa cuja trajetória pessoal, artística ou profissional tenha dimensão pública ou esteja inserida em acontecimentos de interesse da coletividade". Filia-se em parte à transcrita proposta, para que a censura de biografias seja definitivamente afastada da realidade nacional.

Encerrando o tratamento dos direitos da personalidade, o Código Civil também tutela, em seu art. 21, o direito à intimidade prescrevendo que a vida privada da pessoa natural é inviolável (art.

5.º, X, da CF/1988). De qualquer forma, esse direito não é absoluto, devendo ser ponderado com outros valores, sobretudo constitucionais. Como bem leciona o sempre citado Anderson Schreiber, "a norma diz pouco para o seu tempo. Como já se enfatizou em relação aos direitos da personalidade em geral, o desafio atual da privacidade não está na sua afirmação, mas na sua efetividade. A mera observação da vida cotidiana revela que, ao contrário da assertiva retumbante do art. 21, a vida privada da pessoa humana é violada sistematicamente. E, às vezes, com razão".[62] Logo a seguir, o jurista cita o exemplo da necessidade de se passar a bagagem de mão nos raios X dos aeroportos por razão de segurança.

Em havendo lesão ou excesso, caberá medida judicial, devendo o Poder Judiciário adotar medidas visando a impedir ou cessar a lesão. Eventualmente caberá reparação civil integral, conforme o art. 12 do diploma civil e a Súmula 37 do STJ, anteriormente analisados. Em suma, o dispositivo também consagra a prevenção e a reparação integral.

O conceito de intimidade não se confunde com o de vida privada, sendo o segundo um conceito maior e gênero, como demonstra Silmara Juny Chinellato. Assim sendo, de acordo com as lições da Professora Titular da USP, as categorias podem ser expostas por círculos concêntricos, havendo ainda um círculo menor constituído pelo *direito ao segredo*.[63]

Como não poderia ser diferente, a intimidade envolve questões polêmicas, principalmente no que concerne à dificuldade em saber até que ponto vai a privacidade da pessoa e quais seriam as suas limitações. Exemplificando, cite-se o julgado do TST, do ano de 2005, que legitimou o empregador a fiscalizar o e-mail corporativo, aquele colocado à disposição do empregado no ambiente de trabalho (nesse sentido, ver: TST, RR 613/2000-013-10-00, *DJ* 10.06.2005, 1.ª Turma, Rel. João Oreste Dalazen). A decisão divide a comunidade jurídica. Fica clara a aplicação da técnica de ponderação. Alguns entendem que deve prevalecer o direito à intimidade do empregado, outros que prevalece o direito de propriedade do empregador. Ressalte-se que tanto a privacidade quanto a propriedade são protegidas pela Constituição Federal. A questão é delicada justamente por envolver a ponderação entre direitos fundamentais.

Demonstrando como a questão é polêmica e como os fatores fáticos podem alterar a ponderação, em 2012, o mesmo Tribunal Superior do Trabalho confirmou a premissa da possibilidade de fiscalização. Todavia, asseverou o novo acórdão que "a fiscalização sob equipamentos de computador, de propriedade do empregador, incluído o correio eletrônico da empresa, podem ser fiscalizados, desde que haja proibição expressa de utilização para uso pessoal do equipamento, nos regulamentos da empresa. Nesta hipótese, temos a previsão do poder diretivo, com base no bom senso e nos estritos termos do contrato de trabalho, com respeito à figura do empregado como pessoa digna e merecedora de ter seus direitos personalíssimos irrenunciáveis e inalienáveis, integralmente resguardados pelo Estado Democrático de Direito. Ainda a título de ilustração, registramos que a doutrina tem entendido que o poder diretivo do empregador decorre do

direito de propriedade (art. 5.º, XXII, da CF). Este poder, no entanto, não é absoluto, encontra limitações no direito à intimidade do empregado (art. 5.º, X, da CF), bem como na inviolabilidade do sigilo de correspondência, comunicações telegráficas, de dados e telefonemas (art. 5.º, XII, da CF), igualmente garantias constitucionais, das quais decorre o direito de resistência a verificação de sua troca de dados e navegação eletrônica" (TST, RR – 183240-61.2003.5.05.0021, 2.ª Turma, Rel. Min. Renato de Lacerda Paiva, j. 05.09.2012).

Como no caso analisado, a reclamada apropriou-se de computador de sua propriedade – que se encontrava mediante comodato, sob a guarda e responsabilidade de empregado seu, que exercia poderes especiais em nome do empregador –, julgou-se que houve excesso por parte do empregador, que "agiu com abuso de direito, não respeitando o bem jurídico 'trabalho', a função social da propriedade, a função social do contrato do trabalho, dentre outros valores contemplados pela Constituição Federal de 1988". *In casu*, o empregado foi indenizado em R$ 60.000,00 pelos prejuízos imateriais sofridos em decorrência do ato do empregador.

A encerrar o estudo do tema, na *V Jornada de Direito Civil* foram aprovados dois enunciados doutrinários bem interessantes a respeito da proteção da intimidade e de dados sensíveis. O primeiro tem o seguinte conteúdo: "A tutela da privacidade da pessoa humana compreende os controles espacial, contextual e temporal dos próprios dados, sendo necessário seu expresso consentimento para tratamento de informações que versem especialmente o estado de saúde, a condição sexual, a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas e políticas" (Enunciado n. 404). O segundo foi assim elaborado: "As informações genéticas são parte da vida privada e não podem ser utilizadas para fins diversos daqueles que motivaram seu armazenamento, registro ou uso, salvo com autorização do titular" (Enunciado n. 405).

2.2.6 O domicílio da pessoa natural

As regras quanto ao domicílio da pessoa natural constam entre os arts. 70 a 78 do CC. Em sentido amplo, o domicílio pode ser definido como o local em que a pessoa pode ser sujeito de direitos e deveres na ordem privada, conceituando Maria Helena Diniz como sendo "a sede jurídica da pessoa, onde ela se presume presente para efeitos de direito e onde exerce ou pratica, habitualmente, seus atos e negócios jurídicos".[64]

A concepção do domicílio, dessa forma, relaciona-se com outros conceitos, como o de residência e de moradia.

O domicílio, em regra, é o local em que a pessoa se situa, permanecendo a maior parte do tempo com ânimo definitivo. Por regra, pelo que consta do art. 70 do CC o domicílio da pessoa natural é o local de sua residência. Eventualmente, de acordo com o art. 71 do Código em vigor, a pessoa pode possuir dois ou mais locais de residência, onde, alternadamente, viva, considerando-se

seu domicílio qualquer um desses locais (*pluralidade domiciliar*).

Essa pluralidade do mesmo modo está reconhecida pelo que consta no art. 72 do CC, pois o local em que a pessoa exerce a sua profissão também deve ser tido como seu domicílio (*domicílio profissional*). Se a pessoa exercitar a sua profissão em vários locais, todos também serão tidos como domicílios, o que amplia ainda mais as possibilidades antes vistas. De acordo com essa inovação, e porque a grande maioria das pessoas tem uma residência e outro local onde exerce sua profissão ou trabalha, em regra, a pessoa natural tem dois domicílios e não somente um como outrora, interpretação essa que era retirada do que constava no Código Civil de 1916.

Nos termos do art. 74, *caput*, do atual Código, cessando os elementos objetivo e subjetivo do domicílio, ocorre a sua mudança, desde que haja *animus* por parte da pessoa. Enuncia esse dispositivo que "Muda-se o domicílio, transferindo a residência, com a intenção manifesta de o mudar". A prova dessa intenção será feita pelas declarações da pessoa às municipalidades dos lugares que deixa ou para onde vai, ou, se tais declarações não fizer, da própria mudança, com as circunstâncias que a acompanharem (art. 74, parágrafo único, do CC). Exemplificando, a alteração de domicílio eleitoral, como regra, vale como prova.

O conceito de habitação ou moradia é distinto dos de domicílio e de residência. Na moradia, há uma mera situação de fato, tratando-se do local onde a pessoa é encontrada ocasionalmente, não havendo ânimo de permanência.[65] Desse modo, nos termos do art. 73 do CC, ter-se-á como domicílio da pessoa natural que não tenha residência habitual o lugar onde for encontrada. O comando tem incidência para nômades, peregrinos, ciganos e circenses.

Por fim, pelo que consta do Código Civil de 2002, quanto à origem, é interessante vislumbrar a seguinte classificação do domicílio da pessoa natural:

a) *Domicílio voluntário*: é aquele fixado pela vontade da pessoa, como exercício da autonomia privada, tendo em vista as regras anteriormente estudadas.

b) *Domicílio necessário ou legal*: é o imposto pela lei, a partir de regras específicas que constam no art. 76 do Código Civil. Deve ficar claro que o domicílio necessário não exclui o voluntário, sendo as suas hipóteses, de imposição normativa:

   – o domicílio dos absolutamente e relativamente incapazes (arts. 3.º e 4.º do CC) é o mesmo dos seus representantes;
   – o domicílio do servidor público ou funcionário público é o local em que exercer, com caráter permanente, as suas funções;
   – o domicílio do militar é o do quartel onde servir ou do comando a que se encontrar subordinado (sendo da Marinha ou da Aeronáutica);
   – o domicílio do marítimo ou marinheiro é o do local em que o navio estiver matriculado;
   – o domicílio do preso é o local em que cumpre a sua pena.

c) *Domicílio contratual ou convencional*: é aquele previsto no art. 78 do CC, pelo qual, "nos contratos escritos, poderão os contratantes especificar o domicílio onde se exercitem e cumpram os direitos e obrigações deles resultantes". A fixação desse domicílio para um negócio jurídico acaba repercutindo na questão do foro competente para apreciar eventual discussão do contrato, razão pela qual se denomina tal previsão como *cláusula de eleição de foro*.

2.2.7 A morte da pessoa natural. Modalidades e efeitos jurídicos

2.2.7.1 Morte real

O fim da personalidade da pessoa natural, como se sabe, dá se pela morte, conforme a regra do art. 6.º do CC, pelo qual "a existência da pessoa natural termina com a morte". De qualquer forma, como antes exposto, alguns direitos do morto permanecem, diante da possibilidade de os lesados indiretos pleitearem indenização por lesão à honra ou imagem do *de cujus* (art. 12, parágrafo único; art. 20, parágrafo único, ambos do CC). Em resumo, pode-se afirmar que o morto tem *resquícios de personalidade civil*, não se aplicando o art. 6.º da codificação aos direitos da personalidade.

A lei exige, dessa forma, a morte cerebral (morte real), ou seja, que o cérebro da pessoa pare de funcionar. Isso consta, inclusive, do art. 3.º da Lei 9.434/1997, que trata da morte para fins de remoção de órgãos para transplante.

Para tanto, é necessário um laudo médico, visando à elaboração do atestado de óbito, a ser registrado no Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais, nos termos do art. 9.º, I, da codificação. A Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973) fixa os parâmetros para a elaboração de tal documento. A sua exigência está contida no art. 77 da referida lei, sendo certo que "nenhum sepultamento será feito sem certidão do oficial de registro do lugar do falecimento, extraída após a lavratura do assento de óbito". O art. 79 da LRP traz as pessoas obrigadas a fazer a declaração de óbito, a saber:

– Os chefes familiares (pai e mãe), em relação aos seus filhos, hóspedes, agregados ou empregados.
– Um cônjuge em relação ao outro.
– O filho a respeito dos pais.
– O irmão a respeito dos irmãos.
– O administrador, diretor ou gerente de pessoa jurídica de direito público ou privado, a respeito das pessoas que falecerem em s sede, salvo se estiver presente no momento algum dos parentes antes indicados.
– Na falta de pessoa competente, as pessoas que tiverem assistido aos últimos momentos do falecido.
– O médico, o sacerdote ou o vizinho que tiver tido notícia do falecimento.
– A autoridade policial, a respeito das pessoas encontradas mortas.

O atestado de óbito deverá conter (art. 80 da Lei de Registros Públicos):

a) dia, mês, ano e hora (se for possível) do falecimento;
b) lugar do falecimento, com indicação precisa;

c) o nome completo, sexo, idade, cor, estado civil, profissão, naturalidade, domicílio e residência do morto;

d) sendo o *de cujus* casado, o nome do cônjuge sobrevivente, mesmo estando os mesmos separados judicialmente; se era viúvo falecido, o nome do cônjuge pré-morto, devendo constar a referência quanto ao cartório do casamento nos dois casos;

e) os nomes completos, prenomes, profissão, naturalidade e residência dos pais;

f) se faleceu com testamento conhecido;

g) se deixou filhos, nome e idade de cada um;

h) se a morte foi natural ou violenta e a causa conhecida, como o nome dos atestantes;

i) o lugar do sepultamento;

j) se deixou bens e herdeiros menores ou interditados;

k) se era eleitor;

l) pelo menos uma informação quanto a documentos identificadores.

A prática demonstra que alguns dos dados acima são dispensáveis, como aqueles relacionados com a qualificação das partes. De qualquer forma, tais elementos são fundamentais, eis que a morte real gera efeitos importantes para a órbita civil. Anote-se que o próprio art. 6.º do CC, segunda parte, prevê que o ausente deve ser tratado como se morto fosse, havendo declaração de morte presumida, nos termos dos arts. 22 a 39 da vigente lei geral privada. Portanto, repise-se que o ausente não pode ser tratado como absolutamente incapaz, conforme fazia a codificação anterior.

2.2.7.2 *Morte presumida sem declaração de ausência. A justificação*

O art. 7.º do CC enuncia dois casos de morte presumida, sem declaração de ausência, a saber:

– Desaparecimento do corpo da pessoa, sendo extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida.
– Desaparecimento de pessoa envolvida em campanha militar ou feito prisioneiro, não sendo encontrado até dois anos após o término da guerra.

O primeiro dos incisos tem aplicação perfeita nos casos envolvendo desastres, acidentes, catástrofes naturais, sendo certo que o parágrafo único desse dispositivo determina que a declaração de morte somente será possível depois de esgotados todos os meios de buscas e averiguações do corpo da pessoa, devendo constar da sentença a data provável da morte da pessoa natural. Segue-se o posicionamento doutrinário de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, para quem esse dispositivo (art. 7.º do CC) equivale ao art. 88 da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973), que já tratava da morte por *justificação*.[66] Para fins didáticos, é interessante transcrever o teor da regra específica da LRP, que foi encampada pela atual codificação: “Poderão os juízes togados admitir justificação para o assento de óbito de pessoas desaparecidas em naufrágio, inundação, incêndio, terremoto ou qualquer outra catástrofe, quando estiver provada a sua presença no local do desastre e não for possível encontrar-se o cadáver para exame. Parágrafo único: Será também admitida a

justificação no caso de desaparecimento em campanha, provados a impossibilidade de ter sido feito o registro nos termos do art. 85 e os fatos que convençam da ocorrência do óbito".

Nas hipóteses de justificação, há uma presunção a respeito da própria existência da morte, não sendo necessário o aguardo do longo prazo previsto para a ausência. Assim, expede-se imediatamente a certidão de óbito, preenchidos os seus requisitos.

Por fim, ressalta-se que a Lei 9.140/1995 presume a morte de "pessoas que tenham participado, ou tenham sido acusadas de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 5 de outubro de 1988, e que, por este motivo, tenham sido detidas por agentes públicos, achando-se, deste então, desaparecidas, sem que delas haja notícias" (redação dada pela Lei 10.536/2002). O caso também é de morte presumida sem declaração de ausência, tratada pela legislação especial.

2.2.7.3 *Morte presumida com declaração de ausência*

A ausência é outra hipótese de morte presumida, decorrente do desaparecimento da pessoa natural, sem deixar corpo presente (morte real). Repise-se que a ausência era tratada pelo CC/1916 como causa de incapacidade absoluta da pessoa. Atualmente, enquadra-se como tipo de inexistência por morte, presente nas situações em que a pessoa está em ***l**ocal **i**ncerto e **n**ão **s**abido* (*LINS*), não havendo indícios das razões do seu desaparecimento. O Código Civil simplificou as regras quanto à ausência, hipótese em que há uma presunção legal relativa (*iuris tantum*), quanto à existência da morte da pessoa natural. Três são as fases relativas à declaração de ausência, que se dá por meio de ação judicial.

a) Da curadoria dos bens do ausente (arts. 22 a 25 do CC)

Nessa primeira fase, desaparecendo a pessoa sem notícias e não deixando qualquer representante, é nomeado um curador para guardar seus bens, em ação específica proposta pelo Ministério Público ou por qualquer interessado, caso dos seus sucessores (arts. 22 do CC e 1.160 do CPC).

Eventualmente, deixando o ausente um representante que não quer aceitar o encargo de administrar seus bens, será possível a nomeação do curador. A respeito da sua nomeação, cabe ao juiz fixar os seus poderes e obrigações, devendo ser aplicadas as regras previstas para a tutela e para a curatela (arts. 1.728 a 1.783 do CC).

Nos termos do art. 25 do CC, cabe ao cônjuge do ausente a condição de curador legítimo, sempre que não esteja separado judicialmente ou de fato há mais de dois anos. A menção à separação judicial deve ser lida com ressalvas, eis que, para este autor, a Emenda do Divórcio (EC 66/2010) baniu do sistema tal categoria jurídica. Assim, a norma em comento, e também outras, somente se

aplicam aos separados judicialmente quando da entrada em vigor da inovação constitucional. Ausente o cônjuge, o próprio dispositivo em questão consagra a ordem de preferência para nomeação do curador, a saber:

1.º) serão chamados os pais do ausente;

2.º) na falta de pais, serão chamados os descendentes, não havendo impedimento, sendo certo que o grau mais próximo exclui o mais remoto;

3.º) na falta de cônjuge, pais e descendentes, deverá o juiz nomear um curador dativo ou *ad hoc*, entre pessoas idôneas de sua confiança.

Apesar da ausência de previsão quanto ao convivente ou companheiro, ele merece o mesmo tratamento do cônjuge, pelo teor do Enunciado n. 97 do CJF/STJ, aprovado na *I Jornada de Direito Civil* ("no que tange à tutela especial da família, as regras do Código Civil que se referem apenas ao cônjuge devem ser estendidas à situação jurídica que envolve o companheiro, como por exemplo na hipótese de nomeação de curador dos bens do ausente (art. 25 do CC)").

b) Da sucessão provisória (arts. 26 a 36 do CC)

Regra geral, um ano após a arrecadação de bens do ausente e da correspondente nomeação de um curador, poderá ser aberta a sucessão provisória, mediante pedido formulado pelos interessados. Deixando o ausente um representante, o prazo é excepcionado, aumentado para três anos, conforme o art. 26 do CC. O Ministério Público somente pode requerer a abertura da sucessão provisória findo o prazo mencionado, não havendo interessados em relação à herança.

São considerados interessados para requerer a dita sucessão (art. 27 do CC):

a) o cônjuge não separado judicialmente, o que deve ser lido com ressalvas, como já se destacou;

b) os herdeiros, sejam eles legítimos ou testamentários, situação em que se enquadra a companheira, pelo que consta dos arts. 1.790 e 1.844 do CC;

c) os que tiverem direitos relacionados com os bens do ausente, particularmente para após a sua morte, caso dos legatários;

d) os credores de obrigações vencidas e não pagas pelo desaparecido.

Mais uma vez, por óbvio, deve-se incluir o companheiro como legitimado a requerer a sucessão provisória do convivente, diante da proteção constitucional da união estável, constante do art. 226, § 3.º, do Texto Maior.

A sentença de sucessão provisória somente produz efeitos após cento e oitenta dias de publicada na imprensa, não transitando em julgado no prazo geral. O art. 28 do CC estabelece, contudo, que logo após o trânsito em julgado é possível a abertura de eventual testamento deixado pelo desaparecido, bem como do inventário para a partilha dos bens deixados.

Se for o caso, antes mesmo da partilha, poderá o magistrado determinar que os bens móveis sujeitos a deterioração ou a extravio sejam convertidos em bens imóveis ou em títulos garantidos pela União (art. 29 do CC). O Código Civil atual continua exigindo que os herdeiros deem garantias para serem imitidos na posse dos bens do ausente, mediante penhores ou hipotecas, equivalentes aos quinhões respectivos (art. 30, *caput*, do CC).

De acordo com o art. 31 do CC/2002, quanto aos bens imóveis do ausente, estes são por regra inalienáveis, até a correspondente divisão e partilha. Eventualmente, para afastar a ruína, poderá o magistrado determinar a sua alienação. Aquele que tiver direito à posse provisória, mas não puder prestar a garantia exigida no dispositivo, será excluído, mantendo-se os bens que lhe deviam caber sob a administração do curador, ou de outro herdeiro designado pelo juiz, e que preste essa garantia (art. 30, § 1.º, do CC). Estão dispensados de prestar tais garantias, contudo, os ascendentes e descendentes, que provarem a sua qualidade de herdeiros (art. 30, § 2.º, do CC).

Empossados os herdeiros nos bens do ausente, passam a responder por eventuais dívidas do desaparecido, até os limites da herança (art. 32 do CC). Ocorrendo a sucessão provisória, poderão os herdeiros também representar ativamente aquele que desapareceu, no caso de ser este credor em relação a terceiro.

Sendo o herdeiro descendente, ascendente ou cônjuge do ausente terá direito a todos os frutos (naturais, industriais e civis ou rendimentos), colhidos durante o momento de exercício da posse. Demais sucessores terão direito somente em relação à metade desses frutos, devendo prestar contas ao juiz competente (art. 33, *caput*, do CC). Retornando o ausente e provada a sua ausência voluntária, perderá totalmente o direito quanto aos frutos para o sucessor correspondente (art. 33, parágrafo único, do CC).

Segundo o art. 34 do CC, aquele que foi excluído da posse dos bens do ausente, por não ter bens suficientes para oferecer em garantia (art. 30, § 1.º), poderá, justificada a falta de bens para tal caução, exigir que lhe seja entregue a metade dos rendimentos (frutos civis) que teria direito estando na posse dos bens do desaparecido.

Aparecendo o ausente no momento de exercício da posse provisória, perderão os herdeiros os direitos quanto aos bens, exceção feita quanto aos frutos, conforme as regras antes comentadas (art. 33, parágrafo único, do CC). Mas até a entrega de tais bens, responderão os herdeiros, cessando a posse justa quanto aos bens que lhe foram entregues conforme as regras materiais que constam da codificação.

Por fim, enuncia o art. 35 do CC que se durante a posse provisória se provar a época exata do falecimento do ausente, considerar-se-á, nessa data, aberta a sucessão em favor dos herdeiros, que o eram àquele tempo. Já o art. 36 do Código dispõe que se o ausente aparecer, ou se lhe provar a existência, depois de estabelecida a posse provisória, cessarão para logo as vantagens dos

sucessores nela imitidos, ficando, todavia, obrigados a tomar as medidas assecuratórias precisas, até a entrega dos bens a seu dono, caso de eventuais ações possessórias em face de terceiros esbulhadores.

c) Da sucessão definitiva (arts. 37 a 39 do CC)

O Código Civil de 2002 reduziu pela metade o prazo para conversão da sucessão provisória em definitiva, que antes era de 20 (vinte) anos, para 10 (dez) anos, conforme consta do seu art. 37. Tal prazo conta-se do trânsito em julgado da sentença da ação de sucessão provisória.

Consoante determina o art. 38 do CC, cabe requerimento de sucessão definitiva da pessoa de mais de oitenta anos desaparecida há pelo menos cinco anos. Na opinião deste autor, em casos tais, não há necessidade de se observar as fases anteriores, ingressando-se nessa terceira fase, de forma direta.

Regressando o ausente nos dez anos seguintes à abertura da sucessão definitiva, terá ele direito somente em relação aos bens ainda existentes, no estado em que se encontrarem, ou em relação àqueles bens que foram comprados da venda dos bens que lhe pertenciam (bens sub-rogados), o que necessita de prova (art. 39 do CC). Essa regra também se aplica se surgirem ascendentes ou descendentes do desaparecido, nesse prazo, tendo sido atribuída a herança para sucessores de outras classes.

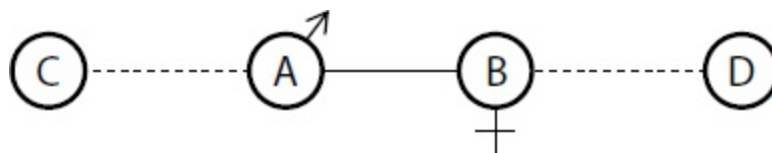
Após esse prazo de dez anos, se não regressar o ausente, os bens arrecadados serão definitivamente dos herdeiros, não tendo o desaparecido qualquer direito. Também não retornando o ausente e não tendo ele herdeiros, os bens serão considerados vagos, passando ao domínio do Estado, nos moldes do art. 1.844 do CC (art. 39, parágrafo único, do CC). O domínio passa a ser, portanto, do Município ou do Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, incorporando-se ao domínio da União, quando situados em território federal.

Por fim, destaque-se que nos termos do art. 1.571, § 1.º, do CC, a morte por ausência põe o fim ao casamento, estando o seu ex-cônjuge livre para casar com terceiro. Sendo assim, como fica a situação desse seu ex-consorte quando o desaparecido reaparece após todo esse prazo mencionado na codificação novel? O tema será abordado em momento oportuno, quando do estudo da dissolução do casamento.

2.2.7.4 *A comoriência*

Além dos casos de presunção quanto à própria existência da morte (justificação e ausência), o Código Civil traz um outro caso de presunção legal e relativa, agora quanto ao momento da morte, ou seja, a comoriência conforme o seu art. 8.º: "Se dois ou mais indivíduos falecerem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se algum dos comorientes precedeu aos outros, presumir-se-ão

simultaneamente mortos".

O comando em questão não exige que a morte tenha ocorrido no mesmo local, mas ao mesmo tempo, sendo pertinente tal regra quando os falecidos forem pessoas da mesma família, e com direitos sucessórios entre si. Exemplificamos com o caso a seguir:

Suponha-se a hipótese fática de mortes simultâneas de dois cônjuges (*A* e *B*), que não tenham descendentes nem ascendentes, mas que possuam dois irmãos *C* e *D* (colaterais de segundo grau). Pelo instituto da comoriência, a herança de ambos é dividida à razão de 50% para os herdeiros de cada cônjuge, não sendo pertinente, aqui, observar qual era o regime de bens entre os mesmos.

Na concreção de um acidente automobilístico, se um policial presenciar que *A* morreu segundos após *B*, não deve ser considerada a opinião deste que presenciou a morte para fins sucessórios, não havendo laudo médico que ateste tal fato. Caso contrário, a herança de *B* iria para *A* e, automaticamente, tendo em vista a morte deste último, para *C*, que sequer é de sua família consanguínea (cunhados são parentes afins).

Consigne-se, nesse sentido, a ordem de sucessão legítima, sem maiores aprofundamentos quanto à concorrência do cônjuge, que consta do art. 1.829 do CC: 1.º) descendentes, 2.º) ascendentes, 3.º) cônjuge, 4.º) colaterais até 4.º grau.

Dessa forma, não havendo laudo médico, deve-se considerar que os dois cônjuges morreram ao mesmo tempo. Conclusão: a herança de *A* irá para seu colateral *C* e a herança de *B* irá para seu colateral *D*. Faz-se justiça, as heranças ficam mantidas nas famílias consanguíneas correspondentes.

Repita-se que essa presunção é relativa (*iuris tantum*), podendo ser afastada por laudo médico ou outra prova efetiva e precisa do momento da morte real, conclusão reiteradamente seguida pela jurisprudência (por todos: TJSP, Apelação 9179145-82.2008.8.26.0000, 25.ª Câmara de Direito Privado, Comarca de São Paulo. Rel. Des. Hugo Crepaldi, j. 20.06.2012).

Todavia, em situações de dúvidas, a jurisprudência tem mantido a presunção legal, não sendo possível provar o contrário. Nesse sentido, para ilustrar e encerrando o tratamento da matéria: "Comoriência. Acidente de carro. Vítima arremessada a 25 metros de distância do local, encontrada morta pelos peritos 45 minutos depois, enquanto o marido foi conduzido ainda com vida ao hospital falecendo em seguida. Presunção legal não afastada. Sentença de improcedência reformada. Recurso provido" (TJSP, Apelação com Revisão 566.202.4/5, Acórdão 2652772, São João da Boa Vista, 8.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Caetano Lagrasta, j. 11.06.2008, *DJESP* 27.06.2008).

2.2.8 O estado civil da pessoa natural. Visão crítica

Tema clássico de Direito Privado é o relativo ao estado civil da pessoa natural, categoria que merece uma visão crítica, pela insuficiência que a matéria alcança na realidade contemporânea.

Para iniciar o estudo do instituto, em sentido amplo, surge a ideia de *estado da pessoa*, o que remonta ao Direito Romano. Como bem leciona Rubens Limongi França "O estado é um dos atributos da personalidade. Desses atributos é o de conceituação mais vaga, pois, segundo os autores, consiste no *modo particular de existir das pessoas*. Sua noção, porém, torna-se mais precisa se lembrarmos que no direito moderno corresponde à noção de *status* do Direito Romano".[67] O jurista demonstra que, para o Direito moderno, quatro são as modalidades básicas de *estado*, com variações e relevância prática para o Direito Privado:

> a) Estado político – leva-se em conta se o sujeito é nacional (brasileiro nato ou naturalizado) ou estrangeiro. A matéria está tratada em vários dispositivos da Constituição Federal de 1988, como no seu art. 12, que elenca o rol dos indivíduos considerados como brasileiros.
>
> b) Estado profissional – vislumbra-se a atuação econômica da pessoa natural. Na visão clássica, a partir das lições de Limongi França, estão incluídos os funcionários públicos, os empregadores, os empregados, os sacerdotes, os trabalhadores autônomos, os militares, entre outros.[68] Podem ser mencionados ainda os empresários, cujas atividades estão descritas no art. 966, *caput*, do Código Civil ("Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços").
>
> c) Estado individual – são abrangidas algumas peculiaridades da pessoa, tais como sua idade (inclusive se a pessoa é maior ou menor), seu estado psíquico, sua saúde, sua imagem, seu temperamento, sua experiência, entre outros.
>
> d) Estado familiar – visualiza-se a situação da pessoa no âmbito de constituição de uma família, tratada pelo art. 226, *caput*, da CF/1988 como a base da sociedade.

No âmbito do estado civil familiar é que cabem considerações pontuais, especialmente tendo em vista a realidade jurídica nacional contemporânea. Em uma visão tradicional e clássica, são situações existenciais tidas como modalidades desse estado civil:

> – Solteiro – pessoa que não está ligada com outra pelo vínculo do casamento, ou que teve o seu casamento reconhecido como nulo ou anulável, nos termos do art. 1.571 do Código Civil.
>
> – Casado – aquele que se encontra ligado pelo vínculo do casamento, conforme art. 1.511 do Código Civil e art. 226, § 1.º, da Constituição Federal de 1988.
>
> – Viúvo – indivíduo que se desligou do vínculo do casamento na hipótese de falecimento do outro cônjuge.
>
> – Divorciado – pessoa que rompeu o vínculo do casamento que tinha com outrem por meio do divórcio.
>
> – Separado juridicamente (judicialmente ou extrajudicialmente) – aquele que rompeu a sociedade conjugal por meio de uma ação judicial ou escritura pública lavrada em Tabelionato de Notas (a última, nos termos da Lei 11.441/2007). Oportuno pontuar que o separado juridicamente ainda mantém o vínculo matrimonial com o outro cônjuge, presente apenas a extinção da sociedade conjugal. Deve ficar claro que o presente autor entende pelo fim das duas modalidades de separação, desde a

Emenda do Divórcio (EC 66/2010), que deu nova redação ao art. 226, § 6.º, da CF/1988. Todavia, pessoas que estavam em tal situação antes da entrada em vigor da Emenda, em julho de 2010, mantêm esse estado, em prol da tutela do direito adquirido. O tema está aprofundado no Capítulo 8 da presente obra.

A principal crítica que se pode fazer às modalidades destacadas, refere-se ao fato de não haver tratamento específico a respeito do estado civil familiar de companheiro ou convivente. Como é notório, a união estável foi alçada ao *status* familiar pela Constituição Federal de 1988 (art. 226, § 3.º), sendo comum a sua constituição na contemporaneidade por opção dos constituintes. Seus requisitos são descritos pelo art. 1.723 do Código Civil quais sejam a convivência pública, contínua e duradoura entre duas pessoas, com o objetivo de constituição de família.

A falta de um estado civil próprio para o convivente representa uma verdadeira aberração jurídica, o que faz com que a união estável seja tratada como uma *família de segunda classe* no meio social. Cite-se que alguns juristas do mesmo modo sustentam que a situação de companheiro deve ser reconhecida como verdadeiro estado civil, caso de Álvaro Villaça Azevedo.[69]

No Estado de São Paulo, pontue-se a feliz tentativa de se criar um estado civil decorrente da união estável por força de alterações realizadas no Provimento n. 14, da Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça de São Paulo, em dezembro de 2012. Com as modificações, passam a ser registradas no Cartório de Registro das Pessoas Naturais as escrituras públicas e as sentenças de reconhecimento de união estável.

Em complemento, o item 113 do provimento estabelece agora que "Os registros das sentenças declaratórias de reconhecimento, dissolução e extinção, bem como das escrituras públicas de contrato e distrato envolvendo união estável, serão feitos no Livro 'E', pelo Oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais da Sede, ou onde houver, no 1.º Subdistrito da Comarca em que os companheiros têm ou tiveram seu último domicílio, devendo constar: a) a data do registro; b) o prenome e o sobrenome, datas de nascimento, profissão, indicação da numeração das Cédulas de Identidade, domicílio e residência dos companheiros; c) prenomes e sobrenomes dos pais; d) data e Registro Civil das Pessoas Naturais em que foram registrados os nascimentos das partes, seus casamentos e/ou uniões estáveis anteriores, assim como os óbitos de seus outros cônjuges ou companheiros, quando houver; e) data da sentença, Vara e nome do Juiz que a proferiu, quando o caso; f) data da escritura pública, mencionando-se, no último caso, o livro, a página e o Tabelionato onde foi lavrado o ato; g) regime de bens dos companheiros".

Fez o mesmo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em âmbito nacional, por meio do seu Provimento n. 37, de 2014, que também possibilita o registro das escrituras públicas de união estável, heteroafetiva ou homoafetiva, no Livro "E" dos Cartórios de Registros das Pessoas Naturais. Quanto ao estado civil de companheiro, estabelece o seu art. 4.º que, "quando o estado civil dos companheiros não constar da escritura pública, deverão ser exigidas e arquivadas as respectivas

certidões de nascimento, ou de casamento com averbação do divórcio ou da separação judicial ou extrajudicial, ou de óbito do cônjuge se o companheiro for viúvo, exceto se mantidos esses assentos no Registro Civil das Pessoas Naturais em que registrada a união estável, hipótese em que bastará sua consulta direta pelo Oficial de Registro".

Apesar desses importantes passos, reafirme-se que o interessante seria a alteração substancial da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973), com mesmo conteúdo, para que o estado civil de companheiro seja reconhecido de forma definitiva, em âmbito nacional e por legislação expressa. Assim, não existiria qualquer dúvida legal quanto ao seu reconhecimento.

Nota-se, na prática, que há um estado civil próprio para o divorciado, que não tem mais um vínculo familiar; ao contrário da união estável em que a família está viva e presente. Deve ficar claro que o novo estado civil de convivente deve ainda abranger as pessoas que vivem em *união estável homoafetiva*, reconhecida como entidade familiar pelo Supremo Tribunal Federal, em histórica decisão de maio de 2011 (ver publicação no *Informativo* n. *625* daquele Tribunal).

Como se vê, a realidade atual mostra como são insuficientes os modelos clássicos de *status* familiar. Por certo – e aqui reside outro ponto de crítica –, o estado civil não pode ser utilizado com intuito de preconceito ou de tratamento degradante da pessoa, como ocorreu com a *mulher desquitada* no passado. Em todos os casos em que a discriminação estiver presente – nos termos da vedação constante do art. 5.º, *caput*, da CF/1988 –, urge a necessidade de reforma legislativa.

Superada a crítica, no que concerne às características do estado civil, Maria Helena Diniz aponta a existência de normas de ordem pública, "que não podem ser modificadas pela vontade das partes, daí a sua indivisibilidade, indisponibilidade e imprescritibilidade. O estado civil é uno e indivisível, pois ninguém pode ser simultaneamente casado e solteiro, maior e menor, brasileiro e estrangeiro, salvo nos casos de dupla nacionalidade".[70]

Nesse contexto, surgem as *ações de estado* – aquelas relativas à essência da pessoa natural –, tidas como imprescritíveis, ou seja, não sujeitas à prescrição e à decadência. Entre tais demandas, podem ser citadas a ação de divórcio, a ação de nulidade do casamento, a ação de investigação de paternidade, a ação negatória de paternidade e a ação de alimentos. Como reforço, valem os argumentos relativos à imprescritibilidade dos direitos da personalidade, já expostos no presente capítulo. A ilustrar, colaciona-se julgado do Superior Tribunal de Justiça que estabelece tal relação:
"Civil. Negatória de paternidade. Ação de estado. Imprescritibilidade. ECA, art. 27. Aplicação. I. Firmou-se no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que, por se cuidar de ação de estado, é imprescritível a demanda negatória de paternidade, consoante a extensão, por simetria, do princípio contido no art. 27 da Lei n. 8.069/1990, não mais prevalecendo o lapso previsto no art. 178, parágrafo 2.º, do antigo Código Civil, também agora superado pelo art. 1.061 na novel lei substantiva civil. II. Recurso especial não conhecido" (STJ, REsp 576.185/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4.ª Turma, j. 07.05.2009, *DJe* 08.06.2009).

Por fim, cumpre anotar que dois dispositivos da Parte Geral do Código Civil tratam de questões registrais pertinentes ao estado civil. De início, o art. 9.º preconiza que serão registrados em registro público: I – os nascimentos, casamentos e óbitos; II – a emancipação por outorga dos pais ou por sentença do juiz; III – a interdição por incapacidade absoluta ou relativa; IV – a sentença declaratória de ausência e de morte presumida. Ato contínuo, far-se-á averbação em registro público: I – das sentenças que decretarem a nulidade ou anulação do casamento, o divórcio, a separação judicial e o restabelecimento da sociedade conjugal; II – dos atos judiciais ou extrajudiciais que declararem ou reconhecerem a filiação (art. 10 do CC). Anote-se que havia uma previsão no último comando, relativo à averbação de atos extrajudiciais de adoção (inc. III). Diante do claro equívoco, o último preceito foi por bem revogado pela Lei 12.010/2009, pois a adoção necessita de processo judicial.

Na verdade, os dois comandos citados são desnecessários, pois a matéria já estava regulamentada pela Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973), respectivamente pelos seus arts. 13 e 29. No que concerne à separação judicial, repise-se que o presente autor está filiado ao entendimento de seu desaparecimento, desde julho de 2010, com a entrada em vigor da Emenda do Divórcio. O desenvolvimento da matéria consta do Capítulo 8 deste livro.

2.3 PARTE GERAL DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. DA PESSOA JURÍDICA

2.3.1 Conceito de pessoa jurídica e suas classificações

As pessoas jurídicas, denominadas *pessoas coletivas, morais*, *fictícias* ou *abstratas*, podem ser conceituadas como sendo conjuntos de pessoas ou de bens arrecadados, que adquirem personalidade jurídica própria por uma ficção legal. Apesar de o Código Civil não repetir a regra do art. 20 do CC/1916, a pessoa jurídica não se confunde com seus membros, sendo essa regra inerente à própria concepção da pessoa jurídica.

Muitas foram as teorias que procuraram afirmar e justificar a existência da pessoa jurídica, tendo o Código Civil de 2002 adotado a *teoria da realidade técnica*. Essa teoria constitui uma somatória entre as outras duas *teorias justificatórias e afirmativas* da existência da pessoa jurídica: a *teoria da ficção* – de Savigny – e a *teoria da realidade orgânica ou objetiva* – de Gierke e Zitelman.

Para a primeira teoria, as pessoas jurídicas são criadas por uma ficção legal, o que realmente procede. Entretanto, mesmo diante dessa criação legal, não se pode esquecer que a pessoa jurídica tem identidade organizacional própria, identidade essa que deve ser preservada (*teoria da realidade orgânica*). Assim sendo, cabe o esquema a seguir:

Teoria da Ficção + Teoria da Realidade Orgânica = Teoria da realidade técnica.

Quanto à *teoria da realidade técnica*, Maria Helena Diniz prefere denominá-la como a *teoria da realidade das instituições jurídicas* (de Hauriou), opinando que "A personalidade jurídica é um atributo que a ordem jurídica estatal outorga a entes que o merecerem. Logo, essa teoria é a que melhor atende à essência da pessoa jurídica, por estabelecer, com propriedade, que a pessoa jurídica é uma realidade jurídica".[71] Aponta a professora da PUCSP que esse também é o entendimento de Sílvio Rodrigues, Washington de Barros Monteiro, Serpa Lopes e Caio Mário da Silva Pereira, ou seja, dos autores clássicos ou *modernos* do Direito Civil Brasileiro.

Não se pode negar que a pessoa jurídica possui vários direitos, tais como alguns relacionados com a personalidade (art. 52 do CC), com o direito das coisas (a pessoa jurídica pode ser proprietária ou possuidora), direitos obrigacionais gerais (tendo a liberdade plena de contratar como regra geral), direitos industriais quanto às marcas e aos nomes (art. 5.º, XXIX, da CF/1988), e mesmo direitos sucessórios (a pessoa jurídica pode adquirir bens *mortis causa*, por sucessão testamentária).

A respeito dos direitos da personalidade da pessoa jurídica, reconhecidos por equiparação, admite-se a possibilidade de a pessoa jurídica sofrer dano moral, na esteira da Súmula 227 do STJ. O dano moral da pessoa jurídica atinge a sua honra objetiva (reputação social), mas nunca a sua honra subjetiva, eis que a pessoa jurídica não tem autoestima. Na esteira da lição do clássico italiano Adriano De Cupis, "a tutela da honra também existe para as pessoas jurídicas. Embora não possam ter o 'sentimento' da própria dignidade, esta pode sempre refletir-se na consideração dos outros. O bem da honra configura-se, portanto, também relativamente a elas".[72]

Repise-se que mesmo não havendo previsão expressa no Código Civil de 2002, permanece a regra que constava no art. 20 da codificação anterior, pela qual "a pessoa jurídica tem existência distinta dos seus membros". Essa concepção é inerente à própria identidade da pessoa jurídica. Mas tal regra pode ser afastada, nos casos de desvio de finalidade ou abuso da personalidade jurídica, situações em que merece aplicação o art. 50 do CC, que trata da *desconsideração da personalidade jurídica*. De imediato, pode-se afirmar que a desconsideração da personalidade jurídica nada mais é do que *a desconsideração daquela antiga regra pela qual a pessoa jurídica não se confunde com os seus membros*.

Superado o estudo desses conceitos iniciais, vejamos as principais *classificações da pessoa jurídica*:

a) Quanto à nacionalidade

- *Pessoa jurídica nacional* – é a organizada conforme a lei brasileira e que tem no Brasil a sua sede principal e os seus

órgãos de administração.

- *Pessoa jurídica estrangeira* – é aquela formada em outro País, e que não poderá funcionar no Brasil sem autorização do Poder Executivo, interessando também ao Direito Internacional.

b) Quanto à estrutura interna

- *Corporação* – é o conjunto de pessoas que atua com fins e objetivos próprios. São corporações as sociedades, as associações, os partidos políticos e as entidades religiosas.
- *Fundação* – é o conjunto de bens arrecadados com finalidade e interesse social.

c) Quanto às funções e capacidade

- *Pessoa jurídica de direito público* – é o conjunto de pessoas ou bens que visa atender a interesses públicos, sejam internos ou externos. De acordo com o art. 41 do CC são pessoas jurídicas de direito público interno a União, os Estados, o Distrito Federal, os Territórios, os Municípios, as autarquias, as associações públicas e as demais entidades de caráter público em geral. Seu estudo é objetivo mais do Direito Administrativo do que do Direito Civil. Em complemento, de acordo com o parágrafo único, do art. 41, do CC, as pessoas jurídicas de direito público e que tenham estrutura de Direito Privado, caso das empresas públicas e das sociedades de economia mista, são regulamentadas, no que couber e quanto ao seu funcionamento, pelo Código Civil. As pessoas jurídicas de direito público externo são os Estados estrangeiros e todas as pessoas regidas pelo direito internacional público (art. 42 do CC). As demais são pessoas jurídicas de direito público interno.
- *Pessoa jurídica de direito privado* – é a pessoa jurídica instituída pela vontade de particulares, visando a atender os seus interesses. Pelo que consta do art. 44 do CC, inclusive pela nova redação dada pelas Leis 10.825/2003 e 12.441/2011, dividem-se em: fundações, associações, sociedades (simples ou empresárias), partidos políticos, entidades religiosas e empresas individuais de responsabilidade limitada. O estudo da pessoa jurídica de direito privado merecerá aprofundamento no presente capítulo, a partir de agora, pois de interesse direto ao Direito Civil.

2.3.2 Da pessoa jurídica de direito privado. Regras e conceitos básicos. Análise do art. 44 do CC

O art. 44 do CC/2002 consagra o rol das pessoas de Direito Privado, tendo sido o comando alterado pela Lei 10.825, de 22 de dezembro de 2003, e pela Lei 12.441, de 11 de julho de 2011, *in verbis*:

> “Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:
>
> I – as associações;
>
> II – as sociedades;
>
> III – as fundações;
>
> IV – as organizações religiosas (*Incluído pela Lei 10.825, de 22.12.2003*);
>
> V – os partidos políticos (*Incluído pela Lei 10.825, de 22.12.2003*).
>
> VI – as empresas individuais de responsabilidade limitada (*Incluído pela Lei 12.441, de 11.07.2011*).
>
> § 1.º São livres a criação, a organização, a estruturação interna e o funcionamento das organizações religiosas, sendo vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro dos atos constitutivos e necessários ao seu funcionamento

(*Incluído pela Lei 10.825, de 22.12.2003*).

§ 2.º As disposições concernentes às associações aplicam-se subsidiariamente às sociedades que são objeto do Livro II da Parte Especial deste Código (*Incluído pela Lei 10.825, de 22.12.2003*).

§ 3.º Os partidos políticos serão organizados e funcionarão conforme o disposto em lei específica (*Incluído pela Lei 10.825, de 22.12.2003*).”

De início, observe-se que o dispositivo legal em questão dá tratamento diferenciado aos partidos políticos e às entidades religiosas, não sendo previstos como espécies de associação como dantes. Essa mudança teve conotação política, para afastar que tais entidades tenham que se adaptar às regras previstas no Código Civil de 2002 quanto às associações, tidas por muitos como complexas e burocráticas.

Porém, alguns juristas ainda perfilham tais entidades como espécies de associações, caso daqueles que participaram da III Jornada de *Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, com a aprovação do Enunciado n. 142: “Os partidos políticos, sindicatos e associações religiosas possuem natureza associativa, aplicando-se-lhes o Código Civil”. Além disso, há ainda um outro enunciado doutrinário, segundo o qual “a relação das pessoas jurídicas de direito privado, estabelecida no art. 44, incisos I a V, do Código Civil, não é exaustiva” (Enunciado n. 144). E não poderia ser diferente, pois o Código Civil de 2002 adota um sistema aberto, baseado em cláusulas gerais. Por isso, as relações previstas em lei, pelo menos a princípio, devem ser consideradas abertas, com rol exemplificativo (*numerus apertus*), e não com rol taxativo (*numerus clausus*). A tese abre a possibilidade de se reconhecer personalidade jurídica ao condomínio edilício.

Ato contínuo, com a alteração de 2011, também foram incluídas no rol das pessoas jurídicas de Direito Privado, as empresas individuais de responsabilidade limitada, conhecidas pela sigla EIRELI. A norma entrou em vigor no início de janeiro de 2012. A respeito da estrutura e função da modalidade, preconiza o novel art. 980-A do Código Civil:

“Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente no País.

§ 1.º O nome empresarial deverá ser formado pela inclusão da expressão “EIRELI” após a firma ou a denominação social da empresa individual de responsabilidade limitada.

§ 2.º A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade.

§ 3.º A empresa individual de responsabilidade limitada também poderá resultar da concentração das quotas de outra modalidade societária num único sócio, independentemente das razões que motivaram tal concentração.

§ 4.º (*Vetado*).

§ 5.º Poderá ser atribuída à empresa individual de responsabilidade limitada constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional.

§ 6.º Aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas".

Conforme conclusão dos juristas que participaram da *V Jornada de Direito Civil*, a EIRELI não é sociedade, mas novo ente jurídico personificado (Enunciado n. 469). No mesmo sentido, o Enunciado n. 3, da *I Jornada de Direito Comercial*, realizada em 2012. A natureza jurídica especial do instituto está presente no fato de ser a pessoa jurídica constituída por apenas uma pessoa, o que quebra com a noção de alteridade, tão comum à concepção de pessoa coletiva. A nova categoria foi instituída visando à diminuição de burocracia para a constituição de empresas em nosso País. O tema interessa mais ao Direito Empresarial do que ao Direito Civil, sendo objeto da primeira matéria ou disciplina. De qualquer maneira, cumpre fazer algumas anotações na presente obra, que interessam ao estudo da Parte Geral do Código Civil.

Superado tal ponto, enuncia o art. 45 do CC que a existência da pessoa jurídica de Direito Privado começa a partir da inscrição do seu ato constitutivo no respectivo registro, sendo eventualmente necessária a aprovação pelo Poder Executivo. Ademais, é necessário sempre constar todas as alterações pelas quais passar esse ato constitutivo. O parágrafo único do dispositivo traz inovação, prevendo prazo decadencial de três anos para a anulação dessa constituição, contado o prazo da inscrição do registro. Esse artigo, na verdade, ressalta a tese de que o Código Civil adota a *teoria da realidade técnica*, uma vez que a pessoa jurídica, para existir, depende do ato de constituição dos seus membros, o que representa um exercício da autonomia privada.

Diante dessa identidade própria, o registro deve contar com os requisitos constantes do art. 46 do CC, sob pena de não valer a constituição (plano da validade), a saber:

a) A denominação da pessoa jurídica, os fins a que se destina, identificação de sua sede, tempo de duração e o fundo social, quando houver.
b) O nome e individualização dos fundadores e instituidores, bem como dos seus diretores.
c) O modo de administração e representação ativa e passiva da pessoa jurídica.
d) A previsão quanto à possibilidade ou não de reforma do ato constitutivo, particularmente quanto à administração da pessoa jurídica.
e) A previsão se há ou não responsabilidade subsidiária dos membros da pessoa jurídica.
f) As condições de extinção da pessoa jurídica e o destino de seu patrimônio em casos tais.

A pessoa jurídica deve ser representada por uma pessoa natural de forma ativa ou passiva, manifestando a sua vontade, nos atos judiciais ou extrajudiciais. Em regra, essa pessoa natural que representa a pessoa jurídica é indicada nos seus próprios estatutos. Na sua omissão, a pessoa jurídica será representada por seus diretores. Os atos praticados por tais pessoas vinculam a pessoa

jurídica, pelo que consta do art. 47 do CC. Mas, conforme o Enunciado n. 145 aprovado na *III Jornada de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal, esse art. 47 não afasta a aplicação da teoria da aparência, nos casos de responsabilização do sócio por atos praticados em nome da pessoa jurídica, caso da incidência da desconsideração da personalidade jurídica.

Eventualmente, em havendo administração coletiva, as decisões a respeito da administração devem ser tomadas por maioria de votos, salvo se houver outra previsão no ato constitutivo da pessoa jurídica, situação em que deve ser preservada a autonomia privada antes manifestada (art. 48, *caput*, do CC). Decai em três anos o direito de se anular qualquer decisão da coletividade, particularmente nos casos de violação da lei, do estatuto, ou havendo atos praticados com erro, dolo, simulação e fraude (art. 48, parágrafo único, do CC). Consigne-se que o comando legal consagra prazo decadencial para o ato simulado. Ora, como o ato simulado é nulo, o certo seria a lei não falar em prazo, pois a ação correspondente é imprescritível (ou melhor, não sujeita à prescrição ou à decadência). Preconiza o art. 169 do CC que a nulidade não convalesce pelo decurso do tempo. De qualquer modo, como a norma é especial, apesar da falta de técnica, para esses casos deve prevalecer.

Faltando a administração, consagra a codificação emergente uma novidade, a atuação de um administrador provisório, a ser nomeado pelo juiz (administrador *ad hoc*), a pedido de qualquer interessado, como no caso dos credores de uma empresa, por exemplo (art. 49 do CC). Aplicando esse dispositivo, destaque-se, da jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo:

> "Pessoa jurídica. Pedido de nomeação de administrador provisório para associação profissional. Extinção do processo sem resolução do mérito por falta de interesse processual. Não ocorrência. Extinção afastada. Autor não associado e terceiro interessado na continuidade das atividades associativas suspensas desde 1963. Inteligência do art. 49 do Código Civil de 2002. Deferida A antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional. Necessidade de convocação de assembleia, na forma do estatuto social, para constituição de nova diretoria e conselhos, bem como regularização da entidade nos órgãos competentes. Imprescindível a citação de todos os interessados e dos últimos diretores e conselheiros da entidade. Retorno dos autos ao juízo de origem. Recurso provido" (TJSP, Apelação com Revisão 616.347.4/4, Acórdão 3461905, Jaú, 2.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ariovaldo Santini Teodoro, j. 03.02.2009, *DJESP* 26.02.2009).

Superada essa visão das regras gerais a respeito da pessoa jurídica, insta verificar que a sua concepção não se confunde com a dos *entes ou grupos despersonalizados*. Esses são meros conjuntos de pessoas e de bens que não possuem personalidade própria ou distinta, não constituindo pessoas jurídicas, a saber:

a) *Família* – pode ter origem no casamento, união estável, entidade monoparental, nos termos do art. 226 da CF/1988; ou mesmo outra origem, já que o rol previsto na Constituição é exemplificativo (*numerus apertus*). A família, base da sociedade, é mero conjunto de pessoas não possuindo sequer legitimidade ativa ou passiva, no campo processual.

b) *Espólio* – é o conjunto de bens formado com a morte de alguém, em decorrência da aplicação do princípio *saisine* (art. 1.784 do CC). Possui legitimidade, devendo ser representado pelo inventariante. Entretanto, não deve ser considerado

uma pessoa jurídica.

c) *Herança jacente e vacante* – nos termos dos arts. 1.819 a 1.823, não deixando a pessoa sucessores, os seus bens devem ser destinados ao Poder Público, sendo certo que a massa formada pela morte do *de cujus* em casos tais também não pode ser tida como pessoa jurídica.

d) *Massa falida* – é o conjunto de bens formado com a decretação de falência de uma pessoa jurídica. Não constitui pessoa jurídica, mas mera arrecadação de coisas e direitos.

e) *Sociedade de fato* – são os grupos despersonalizados presentes nos casos envolvendo empresas que não possuem sequer constituição (estatuto ou contrato social), bem como a união de pessoas impedidas de casar, nos casos de concubinato, nos termos do art. 1.727 do CC.

f) *Sociedade irregular* – é o ente despersonalizado constituído por empresas que possuem estatuto ou contrato social que não foi registrado, caso, por exemplo, de uma sociedade anônima não registrada na Junta Comercial estadual. É denominada pelo Código Civil "sociedade em comum". Enuncia o art. 986 do CC que "Enquanto não inscritos os atos constitutivos, reger-se-á a sociedade, exceto por ações em organização, pelo disposto neste Capítulo, observadas, subsidiariamente e no que com ele forem compatíveis, as normas da sociedade simples".

g) *Condomínio* – é o conjunto de bens em copropriedade, com tratamento específico no livro que trata do Direito das Coisas. Para muitos doutrinadores, constitui uma pessoa jurídica o condomínio edilício, o que justifica a sua inscrição no CNPJ (Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas). Essa a conclusão a que chegaram os juristas participantes da *I e III Jornada de Direito Civil*, promovida pelo CJF e pelo STJ, com grande atuação dos professores Gustavo Tepedino, da UERJ, e Frederico Viegas de Lima, da UNB (Enunciados doutrinários 90 e 246). Entretanto, a questão não é pacífica. Na opinião deste autor, o condomínio edilício deve ser considerado pessoa jurídica, pois o rol do art. 44 do CC, que elenca as pessoas jurídicas de Direito Privado, é exemplificativo (*numerus apertus*), e não taxativo (*numerus clausus*). Na verdade, como o atual Código Civil adota um sistema aberto, baseado em cláusulas gerais e inspirado na teoria de Miguel Reale, não há como defender que essa relação é fechada. De qualquer modo, a questão é por demais controvertida, implicando, por exemplo, a possibilidade de o condomínio edilício adjudicar unidades nos casos de não pagamento das cotas devidas. Anote-se que alguns preferem definir o condomínio edilício como sendo uma *quase pessoa jurídica*, uma *quase fundação* ou uma *pessoa jurídica especial*.

2.3.3 Modalidades de pessoa jurídica de direito privado e análise de suas regra específicas

2.3.3.1 Das associações

Conforme dispõe o art. 53 do CC/2002, inovação em total sintonia com o princípio da simplicidade; "Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos".

As associações, pela previsão legal, são conjuntos de pessoas, com fins determinados, que não sejam lucrativos. Assim deve ser entendida a expressão "fins não econômicos".

Nesse trilhar, o Enunciado n. 534 do CJF/STJ, da *VI Jornada de Direito Civil* (2013): "As associações podem desenvolver atividade econômica, desde que não haja finalidade lucrativa". Segundo as justificativas do enunciado doutrinário, "andou mal o legislador ao redigir o *caput* do art.

53 do Código Civil por ter utilizado o termo genérico ‘econômicos’ em lugar do específico ‘lucrativos’. A dificuldade está em que o adjetivo ‘econômico’ é palavra polissêmica, ou seja, possuidora de vários significados (econômico pode ser tanto atividade produtiva quanto lucrativa). Dessa forma, as pessoas que entendem ser a atividade econômica sinônimo de atividade produtiva defendem ser descabida a redação do *caput* do art. 53 do Código Civil por ser pacífico o fato de as associações poderem exercer atividade produtiva. Entende-se também que o legislador não acertou ao mencionar o termo genérico ‘fins não econômicos’ para expressar sua espécie ‘fins não lucrativos’”.

Pelo fato de serem constituídas por pessoas, assim como são as sociedades, as associações são uma espécie de corporação. Não há, entre associados, direitos e obrigações recíprocos, eis que não há intuito de lucro (art. 53, parágrafo único, do CC). Como exemplos de associações podem ser citados os clubes de esportes e recreação, típicos das cidades do interior do Brasil. Fixaremos o estudo a partir desse exemplo corriqueiro para compreensão.

A associação deve sempre ser registrada, passando com o registro a ter aptidões para ser sujeito de direitos e deveres na ordem civil. Como ocorre com todas as pessoas jurídicas, a associação tem identidade distinta dos seus membros (*teoria da realidade orgânica*, nos termos do art. 20 do CC/1916).

Não se pode confundir as associações com as sociedades. Quando não há fim lucrativo no conjunto de pessoas constituído, tem-se a associação. Ao contrário, as sociedades visam sempre a um fim econômico ou lucrativo, que deve ser repartido entre os sócios. Também não se pode confundir as associações com as fundações. Enquanto as primeiras são formadas por um conjunto de pessoas (corporações), as fundações são conjuntos de bens.

Concernentes às associações, várias foram as modificações introduzidas pelo Código Civil, que devem ser abordadas. Vale lembrar, nesse sentido, que a Lei 11.127, de 28 de junho de 2005, alterou os arts. 54, 57, 59 e 60 do Código Civil de 2002, com o intuito de *desburocratizar* o instituto diante de inúmeras críticas que eram formuladas a então nova codificação privada.

O art. 54 do CC atual enuncia uma série de requisitos para elaboração dos estatutos da associação, cujo desrespeito poderá acarretar a sua nulidade. Assim, deverá constar do estatuto:

a) A denominação da associação, os seus fins e o local da sua sede.

b) Os requisitos para a admissão, demissão e exclusão dos associados.

c) Os direitos e deveres dos associados.

d) As fontes de recursos para manter a associação.

e) O modo de constituição e funcionamento dos órgãos deliberativos. Não há mais previsão quanto aos órgãos administrativos, o que foi alterado pela Lei 11.127/2005.

f) As condições para alterar as disposições estatutárias e as condições para dissolução da associação.

g) A forma de gestão administrativa e de aprovação das respectivas contas (introduzido pela Lei 11.127/2005).

Prevê o art. 55 do CC que, regra geral, deverão ter os associados iguais direitos, podendo o estatuto criar, eventualmente, categorias especiais. A título de exemplo, imagine-se um clube esportivo e de recreação. Esse clube, ilustrando, pode criar a categoria de *associado contribuinte* (que não tem poder de decisão ou direito de voto) e *associado proprietário* (*que* tem poder diretivo e direito ao voto). Não há que se falar em qualquer inconstitucionalidade do dispositivo, pois se trata de aplicação da especialidade, segunda parte da isonomia.

De acordo com o art. 56, *caput*, do CC, a qualidade de associado é intransmissível, havendo um ato personalíssimo na admissão. Porém, poderá haver disposição em sentido contrário no estatuto, sendo tal norma dispositiva ou de ordem privada. Cite-se, por exemplo, os estatutos de clubes recreativos que possibilitam a transmissão, inclusive onerosa, da quota ou *joia* da instituição.

Se o associado for titular de quota ou fração ideal do patrimônio da associação, a transferência daquela não importará, *de per si*, na atribuição da qualidade de associado ao adquirente ou ao herdeiro, salvo disposição diversa no estatuto (art. 56, parágrafo único, do CC). Esse último comando legal confirma a tese de que a admissão na associação é ato personalíssimo.

A exclusão do associado somente será admissível havendo *justa causa* para tanto (cláusula geral), "*assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos do previsto no estatuto*" (art. 57, *caput*, do CC atual). A redação destacada foi introduzida pela Lei 11.127/2005, substituindo o texto anterior que previa: "A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, obedecido o disposto no estatuto; sendo este omisso, poderá também ocorrer se for reconhecida a existência de motivos graves, em deliberação fundamentada, pela maioria absoluta dos presentes à assembleia-geral especialmente convocada para esse fim". A mudança introduzida no Código Civil tende à diminuição da burocracia, permitindo que o estatuto regulamente a exclusão do associado, inclusive a defesa deste. Nesse sentido, foi revogado o parágrafo único do art. 57 do Código Civil, que previa o cabimento de recurso à assembleia-geral contra a decisão do órgão que decidisse pela exclusão do associado. Esse recurso também não é mais regulamentado pela lei, o que deve ser feito pelo próprio estatuto.

Eventualmente, cabe discutir, no âmbito judicial, a exclusão sumária do associado, sem direito à defesa, conforme reconheceu o Supremo Tribunal Federal, aplicando a *eficácia horizontal dos direitos fundamentais* (nesse sentido, ver: STF, RE 201.819/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 11.10.2005).

Outros julgados recentes têm debatido os limites de previsões dos estatutos das associações diante das normas constitucionais, dentro do sadio diálogo que propõe a escola do Direito Civil Constitucional. De início, cumpre destacar outro acórdão do Supremo Tribunal Federal, concluindo que não se pode impor compulsoriamente mensalidades em casos de associação de moradores de

condomínios fechados de casas: "Associação de moradores. Mensalidade. Ausência de adesão. Por não se confundir a associação de moradores com o condomínio disciplinado pela Lei n.º 4.591/64, descabe, a pretexto de evitar vantagem sem causa, impor mensalidade a morador ou a proprietário de imóvel que a ela não tenha aderido. Considerações sobre o princípio da legalidade e da autonomia da manifestação de vontade – artigo 5.º, incisos II e XX, da Constituição Federal" (STF, RE 432.106, Rel. Min. Marco Aurélio, 1.ª Turma, j. 20.09.2011). A dedução, portanto, foi no sentido de que a adesão forçada contraria o livre direito de associação, constante do último dispositivo superior citado.

Releve-se, no mesmo contexto de interpretação de acordo com a CF/1988, sentença proferida pelo Juiz de Direito Mitrios Zarvos Varellis, da 11.ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo, determinando a inclusão de companheiro homoafetivo e de sua filha como dependentes de associado do secular Club Athletico Paulistano (decisão de 15 de fevereiro de 2012, Processo 583.00.2011.132644-6). A sentença segue a linha adotada pelo STF, em maio de 2011, ao concluir pela aplicação analógica de todas as regras da união estável para a união homoafetiva (ver seu *Informativo* n. *625*). Afastou-se decisão administrativa do clube, baseada em interpretação literal de seu estatuto, que mencionava apenas a união estável entre pessoas de sexos distintos como fundamento para a inclusão de dependentes. Cumpre destacar que o jurista Euclides de Oliveira, já havia dado parecer pela inclusão, prescrevendo que: "Os pontos distintivos das uniões de cunho afetivo-familiar, em especial a união estável, conquanto não haja previsão legal específica ou estatutária de determinada instituição particular, abona a tutela jurídica ao ente familiar no seu mais alargado conceito, de modo a atender com efetividade aos anseios de garantia do bem-estar da comunidade social que se instale a partir do relacionamento humano". A decisão foi confirmada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em dezembro de 2012.

Seguindo no estudo dos dispositivos legais, o art. 58 do CC, em sintonia com o princípio da eticidade e a correspondente valorização da boa-fé, preconiza que nenhum associado poderá ser impedido de exercer direito ou função que lhe tenha sido legitimamente conferido, a não ser nos casos e formas previstos na lei ou no estatuto. Percebe-se a intenção do legislador em valorizar os direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, sendo o comando visualizado como uma manifestação do princípio constitucional pelo qual ninguém pode ser compelido a agir senão em virtude de lei (*princípio da legalidade*, art. 5.º, II, da CF/1988). Anote-se que o estatuto não pode afastar tal direito sem justo motivo, o que pode ferir valor fundamental, não podendo prevalecer.

De acordo com a novidade do art. 59 do CC, compete privativamente à assembleia-geral destituir os administradores e alterar os estatutos. Para a prática desses atos, exige-se deliberação da assembleia especialmente convocada para este fim, cujo *quorum* será estabelecido no estatuto, bem como os critérios para eleição dos administradores. Esse comando legal, inclusive o seu parágrafo único, foi alterado pela Lei 11.127/2005.

Primeiro, porque o art. 59, *caput*, do CC, em sua redação original, previa como competências da assembleia-geral: *a)* eleger administradores; *b)* destituir administradores; *c)* aprovar as contas; e *d)* alterar o estatuto. Agora, pela nova redação, competem-lhe apenas a destituição dos administradores e a alteração dos estatutos. Quanto às demais competências, caberá ao próprio estatuto prevê-las.

Segundo, porque não há mais referência, no parágrafo único, ao *quorum* de 2/3 dos presentes à assembleia convocada para tais finalidades, muito menos à necessidade da presença de maioria absoluta dos associados na primeira convocação, ou de ao menos 1/3 nas convocações seguintes.

A nova redação visa, mais uma vez, desburocratizar as questões relativas às associações, cabendo a sua regulamentação ao que constar no estatuto.

Também foi alterado pela Lei 11.127/2005 o art. 60 do CC, cuja redação era a seguinte: "A convocação da *assembleia-geral* far-se-á na forma do estatuto, garantido a um quinto dos associados o direito de promovê-la" (destacamos). Pela nova redação: "A convocação dos *órgãos deliberativos* far-se-á na forma do estatuto, garantido a um quinto dos associados o direito de promovê-la" (destacamos). Justifica-se a nova redação pelo fato de que as questões mais importantes quanto às associações passaram a ser da competência dos órgãos deliberativos (*v.g.*, conselho de administração, conselho fiscal, conselho deliberativo ou outros criados pelo estatuto geral). Com isso, não há mais a exigência de convocação da assembleia-geral para discutir questões atinentes à pessoa jurídica que não constam do art. 59 do CC, o que também diminui a burocracia.

A encerrar o estudo da categoria, caso seja dissolvida a associação, o remanescente do seu patrimônio líquido, depois de deduzidas, se for o caso, as quotas ou frações ideais transferidas a terceiros, será destinado à entidade de fins não econômicos designada no estatuto. Sendo omisso o estatuto, por deliberação dos associados, o remanescente poderá ser destinado à instituição municipal, estadual ou federal, de fins idênticos ou semelhantes (art. 61 do CC). Anote-se que Tribunal Gaúcho já entendeu que a norma é de ordem pública, sendo nula a previsão do estatuto que determina que, em casos de dissolução, os bens serão partilhados entre os próprios associados, entendimento ao qual se filia (TJRS, Apelação Cível 70024200750, Porto Alegre, 5.ª Câmara Cível, Rel. Des. Paulo Sergio Scarparo, j. 18.06.2008, *DOERS* 30.06.2008, p. 38).

Na *V Jornada de Direito Civil* aprovou-se enunciado doutrinário sobre o dispositivo prevendo a prevalência da vontade dos associados: "A obrigatoriedade de destinação do patrimônio líquido remanescente da associação à instituição municipal, estadual ou federal, de fins idênticos ou semelhantes, em face da omissão do estatuto, possui caráter subsidiário, devendo prevalecer a vontade dos associados, desde que seja contemplada entidade que persiga fins não econômicos" (Enunciado n. 407).

2.3.3.2 *Das fundações particulares*

Conforme aponta Maria Helena Diniz, o termo fundação é originário do latim *fundatio*, ação ou efeito de fundar, de criar, de fazer surgir.[73] As fundações, assim, são bens arrecadados e personificados, em atenção a um determinado fim, que por uma ficção legal lhe dá unidade parcial. Ao Direito Civil interessam apenas as fundações particulares, sendo certo que as fundações públicas constituem autarquias, sendo objeto de estudo do Direito Administrativo. Exemplo concreto de fundação privada é da Fundação São Paulo, mantenedora da Pontifícia Universidade de São Paulo (PUCSP). Ainda pode ser citada a Fundação Armando Álvares Penteado, também de São Paulo (FAAP).

Nos termos do art. 62 do CC, as fundações são criadas a partir de escritura pública ou testamento. Para a sua criação pressupõem-se a existência dos seguintes elementos:

a) afetação de bens livres;
b) especificação dos fins;
c) previsão do modo de administrá-las;
d) elaboração de estatutos com base em seus objetivos e submetidos à apreciação do Ministério Público que os fiscalizará.

Sendo insuficientes os bens para a constituição de uma fundação, serão esses incorporados por outra fundação, que desempenha atividade semelhante, salvo previsão em contrário pelo seu instituidor (art. 63 do CC).

As fundações surgem com o registro de seus estatutos no Registro Civil de Pessoas Jurídicas. Pelo que enuncia o art. 62, parágrafo único, do CC, a fundação somente poderá constituir-se para “fins religiosos, morais, culturais ou de assistência”, não podendo nunca ter finalidade econômica, sequer indireta. Tal inovação é fundamental, eis que muitas vezes as fundações foram utilizadas com fins ilícitos, ou com intuito de enriquecimento sem causa. Como é notório, as fundações devem ter *fins nobres*, distantes dos fins de lucro próprios das sociedades. Nessa linha de raciocínio, foi aprovado o Enunciado n. 9 na *I Jornada de Direito Civil*, com a seguinte redação: “O art. 62, parágrafo único, deve ser interpretado de modo a excluir apenas as fundações com fins lucrativos”. Aprofundando a questão, na mesma Jornada, foi aprovado o Enunciado n. 8, a saber: “A constituição de fundação para fins científicos, educacionais ou de promoção do meio ambiente está compreendida no CC, art. 62, parágrafo único”.

Inovação importante é a que consta do art. 64 do CC atual, pelo qual “constituída a fundação por negócio jurídico entre vivos, o instituidor é obrigado a transferir-lhe a propriedade, ou outro direito real, sobre os bens dotados, e, se não o fizer, serão registrados, em nome dela, por mandado judicial”. Esse mandado judicial deve ser postulado pelo Ministério Público, a quem incumbe zelar pelas fundações.

Pelo seu interesse social, há necessidade de os administradores prestarem contas ao Ministério Público. Nas fundações não existem sócios propriamente ditos, pois o conjunto é de bens e não de pessoas. Como se pode notar, as fundações são sempre supervisionadas pelo Ministério Público, que atua como fiscal da lei por intermédio da *curadoria das fundações*; devendo esse órgão zelar pela sua constituição e pelo seu funcionamento (art. 66 do CC). Por regra que consta nesse dispositivo, a atuação cabe ao Ministério Público estadual, exceção feita em dois casos, previstos nos parágrafos do último dispositivo, a saber:

a) Para as fundações que funcionarem no Distrito Federal ou em Território, caberia a atuação do Ministério Público Federal (ar 66, § 1.º, do CC). Todavia, aponte-se que o Supremo Tribunal Federal, em dezembro de 2006, entendeu pela inconstitucionalidade desse dispositivo, em Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Associação dos Membros do Ministério Público (CONAMP) – ADIn 2.794. A suspensão de eficácia da norma se deu diante da prevalência da autonomia do Ministério Público do Distrito Federal, que deve zelar pelas fundações situadas naquela localidade (STF, ADIn 2.794/DF, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 14.12.2007, *DJ* 30.03.2007, p. 68). Em suma, a norma não tem mais aplicação na realidade jurídica brasileira.
b) Para as fundações que funcionarem em várias unidades da Federação ao mesmo tempo, ou que estenderem sua atividade po mais de um Estado ou Território, cabe a intervenção conjunta do MP de todos os estados envolvidos (art. 66, § 2.º, do CC). No tocante a esse dispositivo, não há que se falar em qualquer inconstitucionalidade.

A alteração das normas estatutárias da fundação somente é possível mediante a deliberação de dois terços das pessoas responsáveis pela sua gerência, desde que tal alteração não contrarie ou desvirtue a sua finalidade e que seja aprovada pelo Ministério Público (art. 67, I a III, do CC). Eventualmente, não havendo aprovação unânime, os vencedores quanto à alteração deverão requerer ao Ministério Público que dê ciência à minoria, visando impugnações, que devem ser apresentadas no prazo de 10 dias, sob pena de decadência (art. 68 do CC). É forçoso observar que não cabe qualquer decisão ao Ministério Público, devendo as nulidades ser apreciadas pelo Poder Judiciário, dependendo do caso concreto.

Para terminar o estudo das fundações, tornando-se ilícita, impossível, imoral a finalidade de uma fundação, ou se esta não atender às finalidades sociais a que se destina, poderá ocorrer a sua dissolução administrativa, também efetivada pelo Ministério Público. Em casos tais, os bens devem ser destinados para outra fundação que desempenhe atividade semelhante, salvo previsão de regra em contrário quanto ao destino dos bens no seu estatuto social (art. 69 do CC).

2.3.3.3 *Das sociedades*

Foi exposto que a finalidade lucrativa é o que distingue uma associação de uma sociedade, constituindo ambas espécies de corporação (conjunto de pessoas). Nesse sentido, as sociedades se dividem em:

a) *Sociedades empresárias* – são as que visam a uma finalidade lucrativa, mediante exercício de atividade empresária. Esse conceito está adaptado ao que consta no art. 982 do CC, sendo certo que não se pode mais utilizar a expressão *atividade mercantil*, superada pela evolução da matéria. Como exemplo, pode ser citada qualquer sociedade que tem objetivo comercial ou, ainda, que traz como conteúdo o próprio conceito de empresário (art. 966 do CC – "Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços"). O Código Civil anterior denominava tais sociedades como *sociedades comerciais* ou *mercantis*.

b) *Sociedades simples* – são as que visam, também, a um fim econômico (lucro), mediante exercício de atividade não empresái São as antigas *sociedades civis*. Como exemplos, podem ser citados os grandes escritórios de advocacia, as sociedades imobiliárias e as cooperativas. Quanto às cooperativas, prevê o Enunciado n. 69 do CJF/STJ, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, que "As sociedades cooperativas são sociedades simples sujeitas a inscrição nas juntas comerciais".

As sociedades, sejam elas simples ou empresárias, de acordo com o Código Civil de 2002, podem assumir a forma de sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, sociedade em conta de participação ou sociedade por quotas de responsabilidade limitada. As sociedades anônimas, por outro lado, somente podem se enquadrar como sociedades empresárias.

Em atualização à obra, repise-se a nova previsão das empresas individuais de responsabilidade limitada (EIRELI), conforme arts. 44, inc. VI, e 980-A do Código Civil reformado (introduzidos pela Lei 12.441/2011). A este autor parece que tais entidades não constituem sociedades na sua formação, pelo fato de serem constituídas apenas por uma pessoa. Repise-se que tal natureza especial foi reconhecida por enunciado doutrinário aprovado na *V Jornada de Direito Civil* (Enunciado n. 469).

O tratamento como sociedade limitada refere-se apenas aos seus efeitos, e não quanto à estrutura. Em suma, parece existir um caráter *sui generis* na nova categoria introduzida no Código Civil de 2002. Deve ficar claro que essa natureza diferenciada não veda a subsunção de regras fundamentais previstas para as empresas, caso da desconsideração da personalidade jurídica, que ainda será estudada (Enunciado n. 470 da *V Jornada de Direito Civil*).

Superado esse ponto, anote-se que a empresa pública e a sociedade de economia mista, apesar de terem capital público, são dotadas de personalidade jurídica de Direito Privado. São, assim, regidas pelas normas empresariais e trabalhistas (art. 173, § 1.º, da CF/1988), mas com as cautelas do direito público, como, por exemplo, no que toca à sujeição ao regime das licitações.

Esses tópicos devem ser estudados especificamente em obras que tratam do Direito de Empresa. Como se sabe, o Código Civil praticamente revolucionou a matéria, trazendo um capítulo específico sobre o tema e revogando a primeira parte do Código Comercial. Como bem observa o Deputado Ricardo Fiuza, "pela primeira vez numa codificação civil brasileira, passa-se a disciplinar as regras básicas da atividade negocial, do conceito de empresário ao de sociedade" (Relatório Final do Código Civil, apresentado à Câmara dos Deputados – Parte Especial, Livro II, Direito de Empresa). Seguiu-se, dessa forma, o exemplo do Código Civil Italiano de 1942, de unificação parcial do Direito das Obrigações.

Por fim, é importante dizer que, na *IV Jornada de Direito Civil*, foi aprovado o Enunciado n.

280 do CJF/STJ, prevendo a aplicação às sociedades das regras básicas constitutivas previstas para as associações. É a redação do enunciado: "Por força do art. 44, § 2.º, consideram-se aplicáveis às sociedades reguladas pelo Livro II da Parte Especial, exceto às limitadas, os arts. 57 e 60, nos seguintes termos: a) Em havendo previsão contratual, é possível aos sócios deliberar a exclusão de sócio por justa causa, pela via extrajudicial, cabendo ao contrato disciplinar o procedimento de exclusão, assegurado o direito de defesa, por aplicação analógica do art. 1.085; b) As deliberações sociais poderão ser convocadas pela iniciativa de sócios que representem 1/5 (um quinto) do capital social, na omissão do contrato. A mesma regra aplica-se na hipótese de criação, pelo contrato, de outros órgãos de deliberação colegiada".

Em realidade, o teor do enunciado doutrinário também interessa mais ao Direito Empresarial do que ao Direito Civil propriamente dito. Em outras palavras, o seu teor deve ser solicitado mais nas provas de Direito Comercial, se ainda for utilizada essa denominação pelo examinador ou pelo professor da disciplina.

2.3.3.4 *Das corporações especiais. Partidos políticos e organizações religiosas*

Conforme antes destacado, a Lei 10.825, de 22 de dezembro de 2003, alterou a redação do art. 44 do CC, incluindo os partidos políticos e as organizações religiosas como corporações autônomas, especiais ou *sui generis*. Repisem-se as razões políticas que fundamentaram a alteração da codificação privada.

O § 1.º do art. 44 passou a prever que são livres a criação, a organização, a estruturação interna e o funcionamento das organizações religiosas, sendo vedado ao Poder Público negar-lhes reconhecimento ou registro dos atos constitutivos e necessários ao seu funcionamento.

Quanto aos partidos políticos, serão organizados e funcionarão conforme o disposto em lei específica (art. 44, § 3.º, do CC). Como leis específicas que tratam dos partidos políticos podem ser citadas as Leis 9.096/1995, 9.259/1996, 11.459/2007, 11.694/2008, entre outras.

Pois bem, tanto é verdade que tais entidades não se caracterizam como associações que a mesma Lei 10.825/2003 introduziu um parágrafo único no art. 2.031 do CC, enunciando que tais entidades estão dispensadas da adaptação às regras do Código Civil de 2002.

Encerrando, destaque-se que a autonomia das organizações religiosas não é absoluta, apesar da nova categorização. Nesse sentido, na *III Jornada de Direito Civil* foi aprovado o Enunciado doutrinário n. 143, prevendo que "A liberdade de funcionamento das organizações religiosas não afasta o controle de legalidade e legitimidade constitucional de seu registro, nem a possibilidade de reexame pelo Judiciário da compatibilidade de seus atos com a lei e com seus estatutos". Aplicando a conclusão, insta colacionar decisão do Tribunal do Rio Grande do Sul:

> “Apelação cível. Registro das pessoas jurídicas e de títulos e documentos. Autonomia. Requisito indispensável à constituição da pessoa jurídica. Mantida a sentença de parcial procedência. 1. Devem-se sopesar as garantias constitucionais de liberdade de culto religioso, estatuídas nos arts. 5.º, inciso VII, e 19, inciso I, ambos da Magna Carta, vedando as pessoas jurídicas de direito público a intervenção nas associações religiosas. 2. O legislador constitucional pretendeu dar garantia à liberdade de culto religioso, vedando toda e qualquer discriminação ou proibição ao exercício de qualquer fé ou religião. 3. Foi com esse espírito, de proteção às entidades religiosas, que a Lei Federal 10.825, de 2003, alterou o art. 44 do Código Civil, a fim de incluir as organizações religiosas e os partidos políticos como pessoas jurídicas de direito privado e, ao mesmo tempo, acrescentar o parágrafo primeiro, o qual veda ao poder público a negativa do reconhecimento, ou registro dos atos constitutivos e necessários ao seu funcionamento. 4. A vedação presente em tal artigo não pode ser considerada como absoluta, cabendo ao Judiciário tutelar interesses a fim de certificar-se, precipuamente, do cumprimento da legislação pátria, vale dizer, há que se averiguar se a organização religiosa atende os requisitos necessários ao registro do ato constitutivo. 5. Deve haver respeito ao *nomen juris* de cada entidade e, sendo a Associação Espírita Cristo e Caridade uma organização religiosa, não pode ostentar em seu nome a menção ‘sociedade’, nomenclatura que se destina a outras entidades que comunguem de interesses de finalidade diversa da suscitada. Negado provimento ao apelo” (TJRS, Acórdão 70027034164, Canoas, 5.ª Câmara Cível, Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, j. 21.01.2009, *DOERS* 29.01.2009, p. 24).

Por fim, mais uma vez no que concerne à empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI), não é possível enquadrá-la como uma corporação (conjunto de pessoas), pois constituída apenas por um sujeito. Portanto, reafirma-se a ideia anterior, no sentido de tratar-se de uma pessoa jurídica totalmente especial, que não se enquadra nos conceitos básicos construídos anteriormente pela Parte Geral do CC/2002.

2.3.4 Do domicílio da pessoa jurídica de direito privado

A pessoa jurídica, assim como a pessoa natural, também tem domicílio, que é a sua sede jurídica, local em que responderá pelos direitos e deveres assumidos. Essa é a regra que pode ser retirada do art. 75 do CC.

Pela regra legal, a União deverá promover as ações na capital do Estado ou Território em que tiver domicílio a outra parte e será demandada, à escolha do autor, no Distrito Federal, na capital do Estado em que ocorreu o ato que deu origem à demanda, ou em que se situe o bem envolvido com a lide. Os domicílios dos Estados e Territórios são as respectivas capitais. Os Municípios têm domicílio no lugar onde funciona a sua administração.

Já a pessoa jurídica de direito privado tem domicílio no lugar onde funcionam as respectivas diretorias e administrações, ou onde elegerem domicílio especial nos seus estatutos. Admite-se a pluralidade de domicílios dessas pessoas jurídicas, assim como ocorre com a pessoa natural, conforme o capítulo anteriormente estudado. Isso será possível desde que a pessoa jurídica de direito privado, como no caso de uma empresa, tenha diversos estabelecimentos, como as agências ou escritórios de representação ou administração (art. 75, § 1.º, do CC).

A encerrar, “se a administração, ou diretoria, tiver a sede no estrangeiro, haver-se-á por

domicílio da pessoa jurídica, no tocante às obrigações contraídas por cada uma das suas agências, o lugar do estabelecimento, sito no Brasil, a que ela corresponder" (art. 75, § 2.º, do CC).

2.3.5 Da extinção da pessoa jurídica de direito privado

Quanto ao término da existência da pessoa jurídica, interessante dividir o estudo quanto às corporações e fundações.

Inicialmente, a existência das corporações (sociedades e associações) termina:

a) Pela dissolução deliberada de seus membros, por unanimidade e mediante distrato, ressalvados os direitos de terceiros e da minoria.
b) Quando for determinado por lei.
c) Em decorrência de ato governamental.
d) No caso de termo extintivo ou decurso de prazo.
e) Por dissolução parcial, havendo falta de pluralidade de sócios.
f) Por dissolução judicial.

Não se pode esquecer que a extinção da pessoa jurídica não se opera de modo instantâneo. Como bem ensina Maria Helena Diniz, qualquer que seja o fator extintivo, tem-se o fim da entidade; porém, se houver bens de seu patrimônio e dívidas a resgatar, ela continuará em fase de liquidação, durante a qual subsiste para a realização do ativo e pagamento de débitos. Encerrada a liquidação, promover-se-á o cancelamento da inscrição da pessoa jurídica.[74] Regras nesse sentido constam do art. 51 do CC.

No caso de dissolução de uma associação, seus bens arrecadados serão destinados a entidades também de fins não lucrativos, conforme previsto nos estatutos (art. 61 do CC). Se não estiver prevista nos estatutos a destinação, os bens irão para estabelecimento municipal, estadual ou federal de fins semelhantes aos seus.

Por cláusula do estatuto ou, no seu silêncio, por deliberação dos associados, podem estes, antes da destinação do remanescente, receber em restituição, atualizado o respectivo valor, as contribuições que tiverem prestado ao patrimônio da associação (art. 61, § 1.º, do CC). A norma está amparada na vedação do enriquecimento sem causa, o que se dá por tentativa de volta ao estado anterior, com a devolução ao associado dos investimentos feitos na pessoa jurídica (*contribuição social*).

Não existindo no Município, Estado, Distrito Federal ou Território em que a associação dissolvida tiver sede outra entidade com fins não econômicos, os bens remanescentes deverão ser devolvidos à Fazenda do Estado, do Distrito Federal ou da União (art. 61, § 2.º, do CC).

Ilustrando a aplicação do art. 61 do CC, cumpre transcrever julgado do Tribunal do Distrito Federal:

> "Processo civil. Dissolução de sociedade. Ágora. Entidade de interesse social. Decreto-lei 41 1966. Sentença. Ausência de fundamentação. Inocorrência. Reconhecimento da procedência do pedido por parte do réu. Art. 515, § 3.º, do CPC. Patrimônio residual. 1. Em não havendo qualquer necessidade de indagação suplementar, limitando-se a r. sentença a equiparar a eficácia do ato extintivo da própria parte a um ato jurisdicional, correta e suficientemente fundamentada a decisão que julga extinto o processo com apreciação de mérito com base no art. 269, II, do CPC. 2. Considera-se *citra petita* a sentença que não aborda todos os pedidos feitos pelo autor. Na hipótese dos autos, havendo julgamento aquém do pedido, há que se declarar que a prestação jurisdicional foi incompleta merecendo o suprimento pela corte na forma do art. 515, § 3.º, do CPC. 3. O art. 61, do Código Civil dispõe que dissolvida a associação, caso não contenha no seu estatuto a indicação de entidade para destinação dos bens remanescentes, serão os mesmos destinados à instituição municipal, estadual ou federal de fins idênticos ou semelhantes. Já o Estatuto da Apelada, em seu art. 30, § 1.º, determina que em caso de dissolução o patrimônio líquido deverá ser transferido para outra pessoa jurídica qualificada nos termos da Lei 9.790/1999, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social da extinta. A Turma declarou não existir uma rigidez quanto à destinação dos bens para outra entidade com fins idênticos, pois na norma civil admite-se fins semelhantes e na estatutária reza preferencialmente idêntica, mas não determina somente para idênticas. 4. Deu-se parcial provimento ao recurso" (TJDF, Recurso 2004.01.1.051627-9, Acórdão 372.247, 1.ª Turma Cível, Rel. Des. Flavio Rostirola, *DJDFTE* 01.09.2009, p. 33).

Em relação à dissolução das fundações, além dos casos vistos anteriormente, há norma específica, constante do art. 69 do CC. Lembre-se que, por tal comando, tornando-se ilícita, impossível ou inútil a finalidade a que visa a fundação, ou vencido o prazo de sua existência, o órgão do Ministério Público, ou qualquer interessado, lhe promoverá a extinção, incorporando-se o seu patrimônio, salvo disposição em contrário no ato constitutivo, ou no estatuto, em outra fundação, designada pelo juiz, que se proponha a fim igual ou semelhante. Destaque-se que a norma vem recebendo a devida aplicação pela jurisprudência nacional (nesse sentido, ver: TJMG, Agravo Interno 1.0175.09.014179-7/0011, Conceição do Mato Dentro, 4.ª Câmara Cível, Rel. Des. José Francisco Bueno, j. 29.10.2009, *DJEMG* 12.11.2009).

2.3.6 Da desconsideração da personalidade jurídica

Como visto, a pessoa jurídica é capaz de direitos e deveres na ordem civil, independentemente dos membros que a compõem, com os quais não tem vínculo, ou seja, sem qualquer ligação com a vontade individual das pessoas naturais que a integram. Em regra, os seus componentes somente responderão por débitos dentro dos limites do capital social, ficando a salvo o patrimônio individual dependendo do tipo societário adotado.

A regra é de que a responsabilidade dos sócios em relação às dívidas sociais seja sempre subsidiária, ou seja, primeiro exaure-se o patrimônio da pessoa jurídica para depois, e desde que o tipo societário adotado permita, os bens particulares dos sócios ou componentes da pessoa jurídica

serem executados.

Devido a essa possibilidade de exclusão da responsabilidade dos sócios ou administradores, a pessoa jurídica, por vezes, desviou-se de seus princípios e fins, cometendo fraudes e lesando sociedade ou terceiros, provocando reações na doutrina e na jurisprudência. Visando a coibir tais abusos, surgiu a figura da *teoria da desconsideração da personalidade jurídica* ou *teoria da penetração na pessoa física* ("*disregard of the legal entity*"). Com isso se alcançam pessoas e bens que se escondem dentro de uma pessoa jurídica para fins ilícitos ou abusivos.

Tal instituto permite ao juiz não mais considerar os efeitos da personificação da sociedade para atingir e vincular responsabilidades dos sócios, com intuito de impedir a consumação de fraudes e abusos por eles cometidos, desde que causem prejuízos e danos a terceiros, principalmente a credores da empresa. Dessa forma, os bens particulares dos sócios podem responder pelos danos causados a terceiros. Em suma, o *escudo*, no caso da pessoa jurídica, é retirado para atingir quem está atrás dele, o sócio ou administrador. Bens da empresa também poderão responder por dívidas dos sócios, por meio do que se denomina como *desconsideração inversa* ou *invertida*. O atual Código Civil Brasileiro acolheu tal possibilidade, prescrevendo:

> "Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o Juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica."

Anote-se que como a desconsideração da personalidade jurídica foi adotada pelo legislador da nova codificação, não é recomendável mais utilizar a expressão *teoria*, que constitui trabalho doutrinário, amparado pela jurisprudência.

Igualmente, o Código de Defesa do Consumidor consagra tal instituto no seu art. 28, ao estabelecer que "O Juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração (...) § 5.º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores". Faz o mesmo o art. 4.º da Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/1998), ao prever que "poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente". De qualquer forma, no tocante às duas normas há uma diferença de tratamento, conforme será demonstrado a seguir.

Tanto em relação à adoção da *teoria*, quanto à manutenção das leis especiais anteriores, prevê o Enunciado n. 51 do CJF/STJ, da *I Jornada de Direito Civil*, que "a teoria da desconsideração da

personalidade jurídica – *disregard doctrine* – fica positivada no novo Código Civil, mantidos os parâmetros existentes nos microssistemas legais e na construção jurídica sobre o tema". Eis aqui o argumento pelo qual não se pode mais utilizar a expressão *teoria*, uma vez que a desconsideração foi abraçada pela codificação privada.

Aprofundando, a respeito da desconsideração da personalidade jurídica, a melhor doutrina aponta a existência de duas grandes teorias, a saber:[75]

a) *Teoria maior – a desconsideração, para ser deferida, exige a presença de dois requisitos: o abuso da personalidade jurídica + o prejuízo ao credor. Essa teoria foi adotada pelo art. 50 do CC/2002.*
b) *Teoria menor – a desconsideração da personalidade jurídica exige um único elemento, qual seja o prejuízo ao cred*. Essa teoria foi adotada pela Lei 9.605/1998 – para os danos ambientais – e, supostamente, pelo art. 28 do Código de Defesa do Consumidor.

Relativamente ao Código de Defesa do Consumidor, diz-se s*upostamente* pela redação do § 5.º do seu art. 28, bastando o mero prejuízo ao consumidor, para que a desconsideração seja deferida, segundo a doutrina especializada.[76] Esse entendimento por vezes é adotado pela jurisprudência, conforme se depreende de notória e explicativa ementa do Superior Tribunal de Justiça:

> "Responsabilidade civil e Direito do consumidor. Recurso especial. *Shopping Center* de Osasco-SP. Explosão. Consumidores. Danos materiais e morais. Ministério Público. Legitimidade ativa. Pessoa jurídica. Desconsideração. Teoria maior e teoria menor. Limite de responsabilização dos sócios. Código de Defesa do Consumidor. Requisitos. Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Art. 28, § 5.º – Considerada a proteção do consumidor um dos pilares da ordem econômica, e incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui o Órgão Ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum. A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração). A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. – Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica. – A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5.º do art. 28 do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no *caput* do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Recursos especiais não conhecidos" (STJ, REsp 279.273/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 04.12.2003, *DJ* 29.03.2004, p. 230).

Todavia, no que tange ao Direito do Consumidor, como é notório, o art. 28, § 1.º, do CDC, foi

vetado, quando na verdade o veto deveria ter atingido o § 5.º. O dispositivo vetado teria a seguinte redação: "A pedido da parte interessada, o juiz determinará que a efetivação da responsabilidade da pessoa jurídica recaia sobre o acionista controlador, o sócio majoritário, os sócios-gerentes, os administradores societários e, no caso de grupo societário, as sociedades que a integram" (art. 28, § 1.º). As razões do veto, que não têm qualquer relação com a norma: "O *caput* do art. 28 já contém todos os elementos necessários à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, que constitui, conforme doutrina amplamente dominante no direito pátrio e alienígena, técnica excepcional de repressão a práticas abusivas".

Assim, fica em dúvida a verdadeira adoção dessa teoria, apesar da previsão legal. Nesse sentido, comentando o erro no veto, anota Gustavo Rene Nicolau que "com este equívoco manteve-se em vigor o terrível § 5.º. Entendo que não se pode considerar eficaz o referido parágrafo, prestigiando um engano em detrimento de toda uma construção doutrinária absolutamente solidificada e que visa – em última análise – proteger a coletividade".[77] O que é importante dizer é que apesar dos protestos do jovem civilista, o art. 28, § 5.º, do CDC, vem sendo aplicado amplamente pela jurisprudência, como precursor da *teoria menor*.

Em suma, constata-se que a divisão entre a teoria maior e a menor consolidou-se na civilística nacional, mesmo com críticas formuladas pelo próprio Fábio Ulhoa Coelho, um dos seus principais precursores. Conforme se retira de obra mais recente do jurista, "em 1999, quando era significativa a quantidade de decisões judiciais desvirtuando a teoria da desconsideração, cheguei a chamar sua aplicação incorreta de 'teoria menor', reservando à correta a expressão 'teoria maior'. Mas a evolução do tema na jurisprudência brasileira não permite mais falar-se em duas teorias distintas, razão pela qual esses conceitos de 'maior' e 'menor' mostram-se, agora, felizmente, ultrapassados".[78] Com o devido respeito, acredito que a aclamada divisão deve ser mantida na teoria e na prática do Direito Civil, especialmente pelo seu claro intuito didático e metodológico. Em suplemento, a aplicação da teoria menor é mais eficiente para a defesa dos interesses dos consumidores.

Voltando ao Código Civil, subsiste, ainda, o princípio da autonomia subjetiva da pessoa jurídica, distinta da pessoa de seus sócios, mas tal distinção é afastada nas hipóteses previstas na lei. Não se retirou a personalidade jurídica, mas apenas a desconsidera em determinadas situações, penetrando-se no patrimônio do sócio ou administrador. Na verdade, não se pode confundir a desconsideração com a *despersonificação* da empresa. No primeiro instituto apenas desconsidera-se a regra pela qual a pessoa jurídica tem existência distinta de seus membros. Na despersonificação, a pessoa jurídica é dissolvida. Sendo assim, no caso de ser deferida a desconsideração da personalidade jurídica pelo juiz da causa, deve-se manter a pessoa jurídica no polo passivo da demanda e incluir os sócios e administradores.

Repisando e aprofundando, é possível, no caso de confusão patrimonial, responsabilizar a

empresa por dívidas dos sócios (*desconsideração inversa* ou *invertida*). O exemplo típico é a situação em que o sócio, tendo conhecimento de divórcio, compra bens com capital próprio em nome da empresa (confusão patrimonial). Pela desconsideração, tais bens poderão ser alcançados pela ação de divórcio, fazendo com que o instituto seja aplicado no Direito de Família. Sobre o tema, mencione-se o trabalho de Rolf Madaleno que trata da teoria da *disregard no Direito de Família*. Citando farta jurisprudência do TJRS, o doutrinador utiliza um exemplo muito próximo do que aqui foi apontado: "Quando o marido transfere para sua empresa o rol mais significativo dos bens matrimoniais, sentença final de cunho declaratório haverá de desconsiderar este negócio específico, flagrada a fraude ou o abuso, havendo, em consequência, como matrimoniais esses bens, para ordenar sua partilha no ventre da separação judicial, na fase destinada a sua divisão, já considerados comuns e comunicáveis".[79] Admitindo essa possibilidade, na *IV Jornada de Direito Civil* foi aprovado o Enunciado n. 283 do CJF/STJ, prevendo que "É cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada 'inversa' para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiros". Do Tribunal de Justiça de São Paulo, pode ser transcrita a seguinte ementa, que posterga a aplicação da teoria para a fase de cumprimento da sentença de ação de separação judicial:

> "Separação judicial. Pretensão à comunicação de bens havidos na constância do casamento e à desconsideração inversa da personalidade jurídica de empresas representadas pelo agravado. Matéria que deve ser relegada para fase posterior à sentença. Agravo parcialmente provido, para anular a parte da decisão que antecipou pronunciamento a respeito da incomunicabilidade dos aquestos" (TJSP, AI 319.880-4/0, São Paulo, 3.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Carlos Roberto Gonçalves, j. 02.12.2003).

Ressalte-se, por oportuno, que a separação judicial foi extinta com a aprovação da *Emenda do Divórcio* (EC 66/2010). Assim, os exemplos citados servem para o atual divórcio.

Do mesmo modo ilustrando, a desconsideração inversa foi recentemente aplicada por julgado do STJ, assim publicado no seu *Informativo* n. *440*:

> "Desconsideração da personalidade jurídica inversa. Discute-se, no REsp, se a regra contida no art. 50 do CC/2002 autoriza a chamada desconsideração da personalidade jurídica inversa. Destacou a Min. Relatora, em princípio, que, a par de divergências doutrinárias, este Superior Tribunal sedimentou o entendimento de ser possível a desconstituição da personalidade jurídica dentro do processo de execução ou falimentar, independentemente de ação própria. (...). Também explica que a interpretação literal do referido artigo, de que esse preceito de lei somente serviria para atingir bens dos sócios em razão de dívidas da sociedade e não o inverso, não deve prevalecer. Anota, após essas considerações, que a desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir, então, o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações de seus sócios ou administradores. Assim, observa que o citado dispositivo, sob a ótica de uma interpretação teleológica, legitima a inferência de ser possível a teoria da desconsideração da personalidade jurídica em sua modalidade inversa, que encontra justificativa nos princípios éticos e jurídicos intrínsecos à própria *disregard doctrine*, que vedam o abuso de direito e a fraude contra credores. Dessa forma, a finalidade maior da *disregard doctrine* contida no preceito legal em comento é combater a utilização indevida do ente

societário por seus sócios. Ressalta que, diante da desconsideração da personalidade jurídica inversa, com os efeitos sobre o patrimônio do ente societário, os sócios ou administradores possuem legitimidade para defesa de seus direitos mediante a interposição dos recursos tidos por cabíveis, sem ofensa ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal. No entanto, a Min. Relatora assinala que o juiz só poderá decidir por essa medida excepcional quando forem atendidos todos os pressupostos relacionados à fraude ou abuso de direito estabelecidos no art. 50 do CC/2002. No caso dos autos, tanto o juiz como o tribunal *a quo* entenderam haver confusão patrimonial e abuso de direito por parte do recorrente. Nesse contexto, a Turma negou provimento ao recurso. Precedentes citados: REsp 279.273-SP, *DJ* 29.03.2004; REsp 970.635-SP, *DJe* 1°.12.2009, e REsp 693.235-MT, *DJe* 30.11.2009" (STJ, REsp 948.117/MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22.06.2010).

De qualquer forma, como consta da última ementa, a desconsideração não pode ser utilizada sem limites, como infelizmente ocorre na prática, principalmente em ações trabalhistas. Nesse sentido, determina o Enunciado n. 7 do CJF/STJ, aprovado na *I Jornada de Direito Civil* que "só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular, e limitadamente, aos administradores ou sócios, que nela hajam incorrido". Em complemento, foi aprovado novo Enunciado na *III Jornada*, pelo qual: "Nas relações civis, interpretam-se restritivamente os parâmetros de desconsideração da personalidade jurídica previstos no art. 50 (desvio de finalidade social ou confusão patrimonial) – Este Enunciado não prejudica o Enunciado n. 7" (Enunciado n. 146).

Em resumo, não se pode esquecer que, para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, devem ser utilizados os parâmetros constantes do art. 187 do CC, que conceitua o abuso de direito como ato ilícito. Esses parâmetros são o fim social ou econômico da empresa, a boa-fé objetiva e os bons costumes, que constituem cláusulas gerais que devem ser preenchidas pelo aplicador caso a caso. Desse modo, a utilização da desconsideração não pode ocorrer de forma excessiva, como é comum em decisões da Justiça do Trabalho, em que muitas vezes um sócio que nunca administrou uma empresa é responsabilizado por dívidas trabalhistas.

Seguindo no estudo do instituto, é interessante pontuar que, com a desconsideração, a responsabilização do sócio ou administrador é integral, além das suas quotas sociais, mormente nas hipóteses em que está presente o abuso de direito. A propósito dessa conclusão, julgou o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão publicado no seu *Informativo* n. *463*, que:

"No REsp, discute-se a possibilidade de, em razão da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária e, em ato contínuo, com a autorização da execução dos bens dos sócios, a responsabilidade dos sócios ficar limitada ao valor de suas respectivas quotas sociais. Segundo o Min. Relator, essa possibilidade não poderia prosperar, pois admitir que a execução esteja limitada às quotas sociais seria temerário, indevido e resultaria na desestabilização do instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Explica que este hoje já se encontra positivado em nosso ordenamento jurídico no art. 50 do CC/2002 e, nesse dispositivo, não há qualquer restrição acerca de a execução contra os sócios ser limitada às suas respectivas quotas sociais. Ademais, a desconsideração da personalidade jurídica já havia sido regulamentada no âmbito das relações de consumo no art. 28, § 5.º, do CDC e há muito é reconhecida pela jurisprudência e pela doutrina por influência da teoria do *disregard of legal entity*, oriunda do direito norte-americano. Ressalta, ainda, que a desconsideração não importa dissolução da pessoa jurídica, constitui apenas um ato de efeito provisório decretado para determinado caso concreto e objetivo, dispondo, ainda, os sócios incluídos no polo passivo da demanda de meios processuais

> para impugná-la. Por fim, observa que o art. 591 do CPC estabelece que os devedores respondem com todos os bens presentes e futuros no cumprimento de suas obrigações. Com esse entendimento, a Turma conheceu em parte do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento. Precedentes citados: REsp 140.564-SP, *DJ* 17.12.2004; REsp 401.081-TO, *DJ* 15.05.2006, e EDcl no REsp 750.335-PR, *DJ* 10.04.2006. (STJ, REsp. 1.169.175/DF, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 17.02.2011).

Como evolução da desconsideração da personalidade jurídica tem-se adotado a *teoria da sucessão de empresas*, pela qual, nos casos de abuso da personalidade jurídica em que for patente a ocorrência de fraude, poderá o magistrado estender as responsabilidades de uma empresa para outra – denominadas *empresa sucedida* e *sucessora*, respectivamente. A título de exemplo, aplicando a ideia de sucessão de empresas, é interessante transcrever julgado do extinto Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo:

> "Execução por título extrajudicial. Indeferimento do pedido de reconhecimento de sucessão de empresas. Desconsideração da personalidade jurídica. Admissibilidade ante a existência de prova inequívoca. Caracterização de conluio entre as empresas para prejudicar credores. Fraude evidenciada. Recurso provido para este fim" (Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, Agravo de Instrumento 1256457-3, Sorocaba, 3.ª Câmara, j. 04.05.2004, Rel. Társio Negrato, Decisão: Deram provimento, v.u.).

Pontue-se que a desconsideração da personalidade jurídica sempre foi viável como medida a ser deferida pelo magistrado, dentro de um processo judicial. Todavia, como novidade, a Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013) criou uma nova modalidade, de desconsideração administrativa. Conforme o seu art. 14, "a personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa". Como o dispositivo está inserido dentro do capítulo relativo ao processo administrativo de responsabilização, forçoso concluir que se trata de medida que independe de decisão judicial. Julgado publicado no *Informativo* n. *732* do STF reconhece a importância desse novo mecanismo de defesa do interesse público e coletivo.

Encerrando o estudo da desconsideração, é interessante comentar os enunciados doutrinários aprovados na *IV Jornada de Direito Civil (2006)*, além do Enunciado n. 283, já analisado. Tais enunciados doutrinários são interessantes na orientação do estudo de temas polêmicos relativos à matéria.

Primeiramente, dispõe o Enunciado n. 281 do CJF/STJ que a aplicação da desconsideração, descrita no art. 50 do CC, prescinde da demonstração de insolvência da pessoa jurídica. Em tom prático, não há necessidade de provar que a empresa está falida para que a desconsideração seja deferida. O enunciado está perfeitamente correto, pois os parâmetros previstos no art. 50 do CC são

a confusão patrimonial e o desvio de finalidade. Todavia, a insolvência ou a falência podem servir de parâmetros de reforço para a desconsideração.

Já o Enunciado n. 282 do CJF/STJ aduz que o encerramento irregular das atividades da pessoa jurídica, por si só, não basta para caracterizar abuso de personalidade jurídica. Imagine-se o caso em que a pessoa jurídica fechou o estabelecimento empresarial e não pagou credores. Não há como concordar com essa conclusão, pois o encerramento irregular é exemplo típico de abuso da personalidade jurídica, particularmente de desvio de finalidade da empresa, conforme balizado entendimento jurisprudencial, apesar da matéria não ser pacífica (nesse sentido, ver: STJ, REsp. 1.346.464/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 01.10.2013, *DJe* 28.10.2013; TJSP, Agravo de Instrumento 990.09.250776-1, Acórdão 4301323, São Paulo, 29.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Oscar Feltrin, j. 03.02.2010, *DJESP* 25.02.2010; TJMG, Agravo Interno 1.0024.06.986632-5/0011, Belo Horizonte, 11.ª Câmara Cível, Rel. Des. Marcos Lincoln, j. 27.01.2010, *DJEMG* 22.02.2010; TJPR, Agravo de Instrumento 0572154-2, Guarapuava, 3.ª Câmara Cível, Rel. Des. Paulo Habith, *DJPR* 17.12.2009, p. 32; TJRS, Agravo de Instrumento 70030801385, Lajeado, 19.ª Câmara Cível, Rel. Des. Guinther Spode, j. 24.11.2009, *DJERS* 01.12.2009, p. 75; TJDF, Recurso 2009.00.2.005888-6, Acórdão 361.803, 6.ª Turma Cível, Rel. Des. Jair Soares, *DJDFTE* 18.06.2009, p. 87). Em complemento, anote-se que, no âmbito da execução fiscal, o STJ entende que se presume dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente (Súmula 435). Como se nota, o teor da súmula está na contramão do entendimento que consta do criticado Enunciado n. 282 do CJF/STJ.

Também da *IV Jornada de Direito Civil*, prevê o Enunciado n. 284 do CJF/STJ que “As pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos ou de fins não econômicos estão abrangidas no conceito de abuso da personalidade jurídica”. Ao contrário do anterior, esse enunciado está de acordo com o entendimento jurisprudencial que, por exemplo, admite a desconsideração da personalidade jurídica em face de uma associação (nesse sentido, ver: TJSP, Agravo de Instrumento 573.072.4/7, Acórdão 3123059, São Vicente, 8.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Caetano Lagrasta, j. 07.08.2008, *DJESP* 22.08.2008; TJPR, Agravo de Instrumento 0285267-3, Acórdão 238202, Curitiba, Des. Anny Mary Kuss, 15.ª Câmara Cível, j. 19.04.2005, publicado em 06.05.2005).

Por fim, foi aprovado o Enunciado n. 285 do CJF/STJ, estabelecendo que a desconsideração, prevista no art. 50 do Código Civil, pode ser invocada pela pessoa jurídica em seu favor. Como não poderia ser diferente, pode uma empresa credora fazer uso do instituto contra uma empresa devedora, presentes os requisitos do art. 50 do CC.

Como consequência desse enunciado doutrinário, deduziu o Superior Tribunal de Justiça que “a pessoa jurídica tem legitimidade para impugnar decisão interlocutória que desconsidera sua

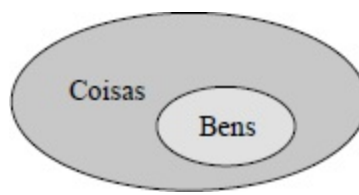
personalidade para alcançar o patrimônio de seus sócios ou administradores, desde que o faça com o intuito de defender a sua regular administração e autonomia – isto é, a proteção da sua personalidade –, sem se imiscuir indevidamente na esfera de direitos dos sócios ou administradores incluídos no polo passivo por força da desconsideração. (...). A rigor, portanto, a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica resguarda interesses de credores e também da própria sociedade indevidamente manipulada. Por isso, inclusive, segundo o enunciado 285 da *IV Jornada de Direito Civil*, 'a teoria da desconsideração, prevista no art. 50 do Código Civil, pode ser invocada pela pessoa jurídica em seu favor'. Nesse compasso, tanto o interesse na desconsideração ou na manutenção do véu protetor, podem partir da própria pessoa jurídica, desde que, à luz dos requisitos autorizadores da medida excepcional, esta seja capaz de demonstrar a pertinência de seu intuito, o qual deve sempre estar relacionado à afirmação de sua autonomia, vale dizer, à proteção de sua personalidade" (STJ, REsp. 1.421.464/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24.04.2014).

2.4 PARTE GERAL DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. DOS BENS. OBJETO DO DIREITO

2.4.1 Primeiras palavras. Diferenças entre bens e coisas. A *teoria do patrimônio mínimo*

Os conceitos de *bens* e *coisas*, como objeto do direito, sempre dividiram a *doutrina clássica brasileira*. Caio Mário da Silva Pereira, por exemplo, dizia que: "Bem é tudo que nos agrada", e diferenciava: "Os bens, especificamente considerados, distinguem-se das coisas, em razão da materialidade destas: as coisas são materiais e concretas, enquanto que se reserva para designar imateriais ou abstratos o nome bens, em sentido estrito".[80] Assim, para esse doutrinador, os bens seriam gênero e as coisas espécie.

Em sentido contrário, para Silvio Rodrigues *coisa* seria gênero, e *bem* seria espécie. Dizia o grande professor paulista: "Coisa é tudo que existe objetivamente, com exclusão do homem". Os "bens são coisas que, por serem úteis e raras, são suscetíveis de apropriação e contêm valor econômico".[81]

A este autor parece que o conceito de Sílvio Rodrigues é simples e perfeito, servindo *como uma luva* pelo que consta do atual Código Civil Brasileiro, na sua Parte Geral. Dessa forma, *coisa* constitui gênero, e *bem* a espécie – coisa que proporciona ao homem uma utilidade sendo suscetível de apropriação. Todos os *bens* são *coisas*; porém nem todas as *coisas* são *bens*. As diferenças podem ser visualizadas no esquema a seguir:

Resumindo:
Coisas = Tudo que não é humano.
Bens = Coisas com interesse econômico e/ou jurídico.

Este, nos parece, foi o critério adotado pelo Código Civil em vigor, na sua Parte Geral. Certo é que o Código Civil anterior, no tratamento do objeto do direito, não fazia a distinção entre *bem* e *coisa*, usando ora um, ora outro termo, como sinônimos. O Código atual utiliza apenas a expressão *bens*, que podem ser classificados nas formas a seguir expostas.

Porém, antes da visualização das diversas categorias de bens, é interessante abordar o tema do *patrimônio mínimo*, que muito interessa à civilística contemporânea. Insta verificar que a categoria pura do *patrimônio* mais interessava aos civilistas dos séculos passados, sendo certo que a valorização do *mínimo vital* é conceito emergente da contemporaneidade.[82]

Atualmente, percebe-se que o rol dos direitos da personalidade ou direitos existenciais ganha um outro cunho, recebendo a matéria um tratamento específico em dispositivos legais que regulamentam direitos eminentemente patrimoniais. Nesse ponto de intersecção, que coloca os direitos da personalidade e os direitos patrimoniais no mesmo plano, é que surge a tese do *patrimônio mínimo*, desenvolvida com maestria por Luiz Edson Fachin, em obra em que é apontada a tendência de *repersonalização do Direito Civil*.[83] A pessoa passa a ser o centro do Direito Privado, em detrimento do patrimônio (*despatrimonialização do Direito Civil*).

Sobre o tema, ensina Fachin que "a 'repersonalização' do Direito Civil recolhe, com destaque, a partir do texto constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana. Para bem entender os limites propostos à execução à luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, têm sentido verificações preliminares. A dignidade da pessoa é princípio fundamental da República Federativa do Brasil. É o que chama de princípio estruturante, constitutivo e indicativo das ideias diretivas básicas de toda a ordem constitucional. Tal princípio ganha concretização por meio de outros princípios e regras constitucionais formando um sistema interno harmônico, e afasta, de pronto, a ideia de predomínio do individualismo atomista no Direito. Aplica-se como leme a todo o ordenamento jurídico nacional compondo-lhe o sentido e fulminando de inconstitucionalidade todo preceito que com ele conflitar. É de um princípio emancipatório que se trata".[84]

Em síntese, a tese pode ser resumida pelo seguinte enunciado: *deve-se assegurar à pessoa um mínimo de direitos patrimoniais, para que viva com dignidade*. Vejamos alguns exemplos de sua

concreção, iniciando-se pela lei e chegando até a jurisprudência nacional.

De início, a premissa do patrimônio mínimo pode ser retirada do art. 548 do Código Civil, pelo qual é nula a doação de todos os bens, sem a reserva do mínimo para a sobrevivência do doador (*nulidade da doação universal*). Ilustrando, é nula a doação de um único bem para ordem religiosa ou igreja (nesse sentido, ver: TJDF, Recurso 2007.09.1.022199-3, Acórdão 403.461, 1.ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Rel.ª Juíza Sandra Reves Vasques Tonussi, *DJDFTE* 02.02.2010, p. 109).

Como segundo exemplo que pode ser retirado da lei, o art. 928, parágrafo único, do CC, ao tratar da indenização contra o incapaz, enuncia que o valor indenizatório deve ser fixado pelo juiz com equidade, para não privar o incapaz e os seus dependentes do mínimo para que vivam com dignidade. Alerte-se ao fato de que o Código Civil Brasileiro, a exemplo de outras codificações europeias, consagrou a responsabilidade civil do incapaz (art. 928).

Mas as principais aplicações da teoria do patrimônio mínimo se referem à do bem de família, especificamente pelas interpretações que se faz da Lei 8.009/1990. Conclui-se que a proteção do bem de família nada mais é que a proteção do direito à moradia (art. 6.º da CF/1988) e da dignidade da pessoa humana, seguindo a tendência de valorização da pessoa, bem como a solidariedade estampada no art. 3.º, I, da CF/1988. Em suma, falar em dignidade humana nas relações privadas significa discutir o direito à moradia, ou, muito mais do que isso, o direito à casa própria.

Nesse caminho de conclusão, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que o imóvel em que reside pessoa solteira, separada ou viúva constitui bem de família, sendo impenhorável (Súmula 364 do STJ).

Mais do que isso, o Superior Tribunal de Justiça já estendeu a citada impenhorabilidade a imóvel em que situada pessoa jurídica, uma vez que a família ali também tinha a sua residência. Eis aqui uma saudável interpretação extensiva da norma, para proteção do mínimo existencial, fazendo-se menção expressa ao trabalho de Luiz Edson Fachin:

> "Processual civil. Embargos de terceiro. Execução fiscal movida em face de bem servil à residência da família. Pretensão da entidade familiar de exclusão do bem da execução fiscal. Possibilidade jurídica e legitimidade para o oferecimento de embargos de terceiro. É bem de família o imóvel pertencente à sociedade, dês que o único servil à residência da mesma. *Ratio essendi* da Lei 8.009/1990. 1. A Lei deve ser aplicada tendo em vista os fins sociais a que ela se destina. Sob esse enfoque a impenhorabilidade do bem de família visa a preservar o devedor do constrangimento do despejo que o relegue ao desabrigo. 2. Empresas que revelam diminutos empreendimentos familiares, onde seus integrantes são os próprios partícipes da atividade negocial, mitigam o princípio *societas distat singulis*, peculiaridade a ser aferida *cum granu salis* pelas instâncias locais. 3. Aferida à saciedade que a família reside no imóvel sede de pequena empresa familiar, impõe-se exegese humanizada, à luz do fundamento da república voltado à proteção da dignidade da pessoa humana, por isso que, expropriar em execução por quantia certa esse imóvel, significa o mesmo que alienar bem de família, posto que, muitas vezes, *lex dixit minus quam voluit*. 4. *In casu*, a família foi residir no único imóvel pertencente à família e à empresa, a qual, aliás, com a mesma se confunde, quer pela sua estrutura quer pela conotação familiar que assumem determinadas pessoas jurídicas com patrimônio mínimo. 5. É assente em vertical sede doutrinária que 'A impenhorabilidade da Lei

8.009/1990, ainda que tenha como destinatários as pessoas físicas, merece ser aplicada a certas pessoas jurídicas, às firmas individuais, às pequenas empresas com conotação familiar, por exemplo, por haver identidade de patrimônios' (FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 154). 6. Em consequência '(...) Pequenos empreendimentos nitidamente familiares, onde os sócios são integrantes da família e, muitas vezes, o local de funcionamento confunde-se com a própria moradia, devem beneficiar-se da impenhorabilidade legal'. [grifo nosso] 7. Aplicação principiológica do direito infraconstitucional à luz dos valores eleitos como superiores pela Constituição Federal que autoriza excluir da execução da sociedade bem a ela pertencente mas que é servil à residência como único da família, sendo a empresa multifamiliar. 8. Nessas hipóteses, pela *causa petendi* eleita, os familiares são terceiros aptos a manusear os embargos de terceiro pelo título que pretendem desvincular, o bem da execução movida pela pessoa jurídica. 9. Recurso Especial provido" (STJ, REsp 621.399/RS, 1.ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 19.04.2005, *DJU* 20.02.2006, p. 207).

Findo o estudo dessa importante categoria da civilística pós-moderna, passa-se à abordagem das diversas classificações dos bens.

2.4.2 Principais classificações dos bens

2.4.2.1 Classificação quanto à tangibilidade

A classificação dos bens quanto à tangibilidade não consta no Código Civil de 2002, mas é importantíssima para se compreender a matéria:

a) *Bens corpóreos, materiais ou tangíveis* – são aqueles bens que possuem existência corpórea, podendo ser tocados. Exemplos: uma casa, um carro.
b) *Bens incorpóreos, imateriais ou intangíveis* – são aqueles com existência abstrata e que não podem ser tocados pela pess humana. Ilustrando, podem ser citados como sendo bens incorpóreos os direitos de autor, a propriedade industrial, o fundo empresarial, a hipoteca, o penhor, a anticrese, entre outros.

2.4.2.2 Classificação dos bens quanto à mobilidade

a) *Bens imóveis* (arts. 79 a 81 do CC) – São aqueles que não podem ser removidos ou transportados sem a sua deterioração ou destruição, subclassificados da seguinte forma:
   - *Bens imóveis por natureza ou por essência*: são aqueles formados pelo solo e tudo quanto se lhe incorporar de forma natural (art. 79 do CC). Os bens imóveis por natureza abrangem o solo com sua superfície, o subsolo e o espaço aéreo. Tudo o que for incorporado será classificado como imóvel por acessão. A título de exemplo pode ser citada uma árvore que nasce naturalmente.
   - *Bens imóveis por acessão física industrial ou artificial*: são aqueles bens formados por tudo o que o homem incorpora permanentemente ao solo, não podendo removê-lo sem a sua destruição ou deterioração. Tais bens imóveis têm origem em construções e plantações, situações em que ocorre a intervenção humana. Nos termos do art. 81 do CC não perdem o caráter de imóveis (art. 81): as edificações que, separadas do solo, mas conservando a sua unidade, forem removidas para outro local e os materiais provisoriamente separados de um prédio, para nele se reempregarem.
   - *Bens imóveis por acessão física intelectual*: conceito relacionado com tudo o que foi empregado intencionalmente para

exploração industrial, aformoseamento e comodidade.[85] São os bens móveis que foram imobilizados pelo proprietário, constituindo uma ficção jurídica, sendo tratados, via de regra, como *pertenças*. Existe uma grande discussão se essa modalidade de bens imóveis foi ou não banida pelo Código Civil de 2002, inclusive pelo teor do Enunciado n. 11 do CJF/STJ, segundo o qual: "Não persiste no novo sistema legislativo a categoria dos bens imóveis por acessão intelectual, não obstante a expressão 'tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente', constante da parte final do art. 79 do CC". O assunto será tratado quando da análise dos bens acessórios, especificamente das pertenças.

- *Bens imóveis por disposição legal*: tais bens são considerados como imóveis, para que possam receber melhor proteção jurídica. São bens imóveis por determinação legal, nos termos do art. 80 do CC: o direito à sucessão aberta e os direitos reais sobre os imóveis, caso da hipoteca, como regra geral, e do penhor agrícola, excepcionalmente.

b) *Bens móveis* (arts. 82 a 84 do CC) – Os bens móveis são aqueles que podem ser transportados, por força própria ou de terceiro, sem a deterioração, destruição e alteração da substância ou da destinação econômico-social. Subclassificação:

- *Bens móveis por natureza ou essência*: são os bens que podem ser transportados sem qualquer dano, por força própria ou alheia. Quando o bem móvel puder ser movido de um local para outro, por força própria, será denominado bem móvel *semovente*, como é o caso dos animais. Conforme o art. 84 do CC, os materiais destinados a uma construção, enquanto não empregados, conservam a sua mobilidade sendo, por isso, denominados *bens móveis propriamente ditos*.

- *Bens móveis por antecipação*: são os bens que eram imóveis, mas que foram mobilizados por uma atividade humana. Exemplo típico é a colheita de uma plantação. Há uma situação oposta à imobilização por acessão física industrial. A segunda parte do art. 84 do CC prevê que, no caso de demolição, os bens imóveis podem ser mobilizados, ocorrendo a antecipação.

- *Bens móveis por determinação legal*: situações em que a lei determina que o bem é móvel, como a previsão que consta do art. 83 do CC, envolvendo os direitos reais e as ações respectivas que recaiam sobre bens móveis, caso do penhor, em regra; as energias com valor econômico, como a energia elétrica; os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações, caso dos direitos autorais, nos termos do art. 3.º da Lei 9.610/1998.

ATENÇÃO: Os navios e aeronaves são bens móveis especiais ou *sui generis*. Apesar de serem móveis pela natureza ou essência, são tratados pela lei como imóveis, necessitando de registro especial e admitindo hipoteca. Justamente porque pode recair também sobre navios e aviões, pelo seu caráter acessório e pelo princípio de que o acessório deve seguir o principal, a hipoteca, direito real de garantia, pode ser bem móvel ou imóvel.

2.4.2.3 *Classificação quanto à fungibilidade*

a) *Bens infungíveis* – São aqueles que não podem ser substituídos por outros da mesma espécie, quantidade e qualidade. São também denominados *bens personalizados ou individualizados*, sendo que os bens imóveis são sempre infungíveis. Como bens móveis infungíveis podem se citados as obras de arte únicas e os animais de raça identificáveis. Os automóveis também são bens móveis infungíveis por serem bens complexos e terem número de identificação (chassi). No caso de empréstimo de bens infungíveis há contrato de comodato.

b) *Bens fungíveis* – Nos termos do art. 85 do CC, fungíveis são os bens que podem ser substituídos por outros da mesma espéc qualidade e quantidade. Todos os bens imóveis são personalizados, eis que possuem registro, daí serem infungíveis. Já os bens móveis são, na maior parte das vezes, bens fungíveis. O empréstimo de bens fungíveis é o mútuo, caso do empréstimo de dinheiro.

2.4.2.4 *Classificação quanto à consuntibilidade*

Apesar de o Código Civil tratar, ao mesmo tempo, das classificações quanto à fungibilidade e consuntibilidade, essas não se confundem, sendo certo que o último critério leva em conta dois parâmetros para a classificação (art. 86 do CC).

– Se o consumo do bem implica destruição imediata, *a consuntibilidade é física*, ou *de fato* ou, ainda, *fática*.
– Se o bem pode ser ou não objeto de consumo, ou seja, se pode ser alienado, *a consuntibilidade é jurídica* ou *de direito*.

Como os critérios são totalmente distintos, é perfeitamente possível que um bem seja consumível e inconsumível ao mesmo tempo. Vejamos:

a) *Bens consumíveis* – São bens móveis, cujo uso importa na destruição imediata da própria coisa (*consuntibilidade física*), be como aqueles destinados à alienação (*consuntibilidade jurídica*) – art. 86 do CC.
b) *Bens inconsumíveis* – São aqueles que proporcionam reiteradas utilizações, permitindo que se retire a sua utilidade, sem deterioração ou destruição imediata (*inconsuntibilidade física*), bem como aqueles que são inalienáveis (*inconsuntibilidade jurídica*).

Como ilustração de um bem *consumível* do ponto de vista fático ou físico e *inconsumível* do ponto de vista jurídico, pode ser citada uma garrafa de bebida famosa clausulada com a inalienabilidade por testamento (art. 1.848 do CC). Como exemplo de um bem *inconsumível* do ponto de vista físico ou fático e *consumível* do ponto de vista jurídico pode ser citado um automóvel. Aliás, em regra, os bens de consumo de valor têm essas últimas características.

ATENÇÃO: O Código de Defesa do Consumidor, no seu art. 26, traz classificação muito próxima da relacionada com a consuntibilidade física ou fática. Pela Lei 8.078/1990, os produtos ou bens podem ser classificados em duráveis e não duráveis. Os bens duráveis são aqueles que não desaparecem facilmente com o consumo, enquanto os não duráveis não têm permanência com o uso. Os prazos para reclamação de vícios decorrentes de tais produtos são de 90 e 30 dias, respectivamente, contados da tradição ou entrega efetiva da coisa (quando o vício for aparente) e do conhecimento do problema (quando o vício for oculto).

2.4.2.5 *Classificação quanto à divisibilidade*

a) *Bens divisíveis* – São os que podem se partir em porções reais e distintas, formando cada qual um todo perfeito, conforme previa o art. 52 do CC/1916. O Código Civil de 2002, em seu art. 87, preconiza que os bens divisíveis "São os que se podem fracionar sem alteração na sua substância, diminuição considerável de valor, ou prejuízo do uso a que se destinam". Como se vê, o novo texto é mais bem escrito e mais didático, estando de acordo com o princípio da operabilidade. Exemplifica-se com sacas de cereais, que podem ser divididas sem qualquer destruição. Ademais, prevê o art. 88 do CC que, a qualquer momento, os bens naturalmente divisíveis podem se tornar indivisíveis, por vontade das partes (autonomia privada) ou por imposição legal. Os bens divisíveis geram obrigações divisíveis, nos termos do art. 257 do CC.
b) *Bens indivisíveis* – São os bens que não podem ser partilhados, pois deixariam de formar um todo perfeito, acarretando a su

divisão uma desvalorização ou perda das qualidades essenciais desse todo. Os bens indivisíveis geram obrigações indivisíveis, conforme o art. 258 do CC. A indivisibilidade pode decorrer da natureza do bem, de imposição legal ou da vontade do seu proprietário, conforme exemplos abaixo:

– *Indivisibilidade natural:* caso de uma casa térrea, bem imóvel, cuja divisão gera diminuição do seu valor. Outro exemplo clássico utilizado é o do relógio de pulso de valor considerável.
– *Indivisibilidade legal:* caso da herança, que é indivisível até a partilha, por força do princípio da *saisine*, nos termos dos arts 1.784 e 1.791, parágrafo único, do CC. Também podem ser citadas a hipoteca e as servidões, que são direitos indivisíveis, em regra. Quanto à hipoteca, a sua divisibilidade ou *fracionamento excepcional* está previsto no art. 1.488 do CC, para os casos de instituição de condomínio ou loteamento do bem principal. Trata-se de novidade instituída pelo Código de 2002.
– *Indivisibilidade convencional*: se dois proprietários de um boi convencionarem que o animal será utilizado para a reproduçã o que retira a possibilidade de sua divisão (*touro reprodutor*).

2.4.2.6 *Classificação quanto à individualidade*

a) *Bens singulares ou individuais* – São bens singulares aqueles que, embora reunidos, possam ser considerados *de per si*, independentemente dos demais (art. 89 do CC). Como bem apontam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, os bens singulares "podem ser *simples*, quando as suas partes componentes encontram-se ligadas naturalmente (uma árvore, um cavalo), ou *compostos*, quando a coesão de seus componentes decorre do engenho humano (um avião, um relógio)".[86] Como se nota, para a sua caracterização, deve-se levar em conta o bem em relação a si mesmo. Como exemplos, ilustrem-se um livro, um boi, uma casa.

b) *Bens coletivos ou universais* – São os bens que se encontram agregados em um todo. Os bens coletivos são constituídos pc várias coisas singulares, consideradas em conjunto e formando um todo individualizado. Os bens universais podem decorrer de uma união fática ou jurídica. Vejamos:

  • *Universalidade de fato* – é o conjunto de bens singulares, corpóreos e homogêneos, ligados entre si pela vontade human e que tenham utilização unitária ou homogênea, sendo possível que tais bens sejam objeto de relações jurídicas próprias. Nesse sentido, enuncia o art. 90 do CC que "Constitui universalidade de fato a pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária. Parágrafo único. Os bens que formam essa universalidade podem ser objeto de relações jurídicas próprias". Para exemplificar, basta lembrar algumas palavras utilizadas no gênero coletivo, a saber: *alcateia (lobos), manada (elefantes), biblioteca (livros), pinacoteca (quadros), boiada (bois) e assim sucessivamente*.

  • *Universalidade de direito* – é o conjunto de bens singulares, tangíveis ou não, a que uma ficção legal, com o intuito de produzir certos efeitos, dá unidade individualizada. Pelo teor do art. 91 do CC há um complexo de relações jurídicas de uma pessoa, dotadas de valor econômico. São exemplos: o patrimônio, a herança de determinada pessoa, o espólio, a massa falida, entre outros conceitos estudados como entes despersonalizados no capítulo anterior.

Relativamente ao *conceito de patrimônio*, na versão clássica, Sílvio Rodrigues afirma que "o patrimônio de um indivíduo é representado pelo acervo de seus bens, conversíveis em dinheiro. Há, visceralmente ligada à noção de patrimônio, a ideia de valor econômico, suscetível de ser cambiado, de ser convertido em pecúnia. Nesse sentido, a opinião de Beviláqua, que define o patrimônio como 'o complexo das relações jurídicas de uma pessoa que tiveram valor econômico'".[87] Ainda entre os clássicos, essa era a visão de Rubens Limongi França, para quem "patrimônio é o conjunto de bens de valor econômico".[88]

Entre os civilistas da nova geração, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald conceituam o patrimônio como "o complexo de relações jurídicas apreciáveis economicamente (ativas e passivas) de uma determinada pessoa. Ou seja, é a totalidade dos bens dotados de economicidade pertencentes a um titular, sejam corpóreos (casa, automóvel etc.) ou incorpóreos (direitos autorais)".[89]

Também são pertinentes as lições de Paulo Lôbo sobre o tema, no seguinte sentido:

> "Toda pessoa é dotada de patrimônio, até mesmo o mais miserável dos homens. Essa percepção corrente pode ser relevante para o direito em várias situações. O patrimônio é a garantia dos credores e responde pelas dívidas da pessoa, inclusive as derivadas de responsabilidade civil. Não há conceito jurídico unívoco de patrimônio, uma vez que depende da circunstância em que se insere, mas se compreende, grosso modo, como o conjunto das coisas atuais, futuras, corpóreas e incorpóreas, além dos créditos e débitos, que estejam sob a titularidade ou responsabilidade de uma pessoa e que possam ser objeto do tráfico jurídico."[90]

Pelos dois conceitos, clássico e contemporâneo, o patrimônio é enquadrado como uma universalidade jurídica. Apesar da semelhança entre as construções, percebe-se que a ideia de patrimônio vem recebendo um novo dimensionamento pela atual geração de civilistas, além de meros interesses econômicos. Isso porque se procura valorizar um mínimo patrimonial, para que a pessoa tenha direito a uma vida digna. Cite-se, mais uma vez, a célebre tese do *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, de Luiz Edson Fachin. Essa tendência de *personalização do Direito Civil*, de valorização da pessoa humana, ao lado de uma *despatrimonia lização*, será mais à frente comentada no presente capítulo.

2.4.2.7 *Classificação quanto à dependência em relação a outro bem (bens reciprocamente considerados)*

a) *Bens principais* (*ou independentes*) – São os bens que existem de maneira autônoma e independente, de forma concreta ou abstrata, conforme o art. 92 do CC. Exercem função ou finalidade não dependente de qualquer outro objeto.
b) *Bens acessórios* (*ou dependentes*) – São os bens cuja existência e finalidade dependem de um outro bem, denominado bem principal.

> *Princípio geral do Direito Civil* – o bem acessório segue o principal, salvo disposição especial em contrário (*acessorium sequeatur principale*) – *princípio da gravitação jurídica*.

Tal regra estava prevista no art. 59 do CC/1916 e apesar de não reproduzida no Código Civil de 2002 continua tendo aplicação direta, como princípio geral do Direito Civil brasileiro, retirado de forma presumida da análise de vários dispositivos da atual codificação. Com um desses

comandos, pode ser citado o art. 92 do Código, que em sua parte final enuncia que o bem acessório é "aquele cuja existência supõe a do principal".

São bens acessórios, previstos no ordenamento jurídico brasileiro:

b.1) *Frutos* – São bens acessórios que têm sua origem no bem principal, mantendo a integridade desse último, sem a diminuição da sua substância ou quantidade. Os frutos, quanto à origem, podem ser assim classificados:

– *Frutos naturais* – São aqueles decorrentes da essência da coisa principal, como as frutas produzidas por uma árvore.
– *Frutos industriais* – São aqueles decorrentes de uma atividade humana, caso de um material produzido por uma fábrica.
– *Frutos civis* – São aqueles decorrentes de uma relação jurídica ou econômica, de natureza privada, também denominados *rendimentos*. É o caso dos valores decorrentes do aluguel de um imóvel, de juros de capital, de dividendos de ações.

Quanto ao estado em que eventualmente se encontrarem, os frutos podem ser classificados da seguinte forma, categorização que remonta a Clóvis Beviláqua:

– *Frutos pendentes* – São aqueles que estão ligados à coisa principal, e que não foram colhidos. Exemplo: maçãs que ainda estão presas à macieira.
– *Frutos percebidos* – São os já colhidos do principal e separados. Exemplo: maçãs que foram colhidas pelo produtor.
– *Frutos estantes* – São aqueles frutos que foram colhidos e encontram-se armazenados. Exemplo: maçãs colhidas e colocada em caixas em um armazém.
– *Frutos percipiendos* – São os frutos que deveriam ter sido colhidos, mas não foram. Exemplo: maçãs maduras que já deveriam ter sido colhidas e que estão apodrecendo.
– *Frutos consumidos* – São os frutos que já foram colhidos e já não existem mais. São as maçãs que foram colhidas pelo produtor e já vendidas a terceiros.

b.2) *Produtos* – São os bens acessórios que saem da coisa principal, diminuindo a sua quantidade e substância. Percebe-se que é discutível a condição de acessório dos produtos, eis que são retirados ou destacados da própria coisa principal. Como exemplo, pode ser citada a pepita de ouro retirada de uma mina.

b.3) *Pertenças* – São bens destinados a servir um outro bem principal, por vontade ou trabalho intelectual do proprietário. Com efeito, prevê o art. 93 do CC inovação importante que "São pertenças os bens que, não constituindo partes integrantes, se destinam, de modo duradouro, ao uso, ao serviço ou ao aformoseamento de outro". Ensina Maria Helena Diniz que as *pertenças* "são bens que se acrescem, como acessórios à coisa principal, daí serem considerados como *res annexa* (coisa anexada). Portanto, são bens acessórios *sui generis* destinados, de modo duradouro, a conservar ou facilitar o uso ou prestar serviço ou, ainda, a servir de adorno ao bem principal, sem ser parte integrante. (...). Apesar de acessórios, conservam sua individualidade e autonomia, tendo apenas como principal uma subordinação econômico-jurídica, pois sem haver qualquer incorporação vinculam-se ao principal para que atinja suas finalidades. São pertenças todos os bens móveis que o proprietário, intencionalmente, empregar na exploração industrial de um imóvel, no seu aformoseamento ou na sua comodidade".[91] As pertenças podem ser classificadas em pertenças *essenciais* ou não *essenciais*. Estatui o art. 94 do CC que "Os negócios jurídicos que dizem respeito ao bem principal não abrangem as pertenças, salvo se o contrário resultar da lei, da manifestação de vontade, ou das circunstâncias do caso". Na opinião deste autor, se a pertença for essencial ao bem principal, não merecerá aplicação o que consta na primeira parte do art. 94 do CC, pois assim quis o proprietário da coisa principal. *A pertença essencial, quando móvel, constitui um bem imóvel por acessão intelectual*. Por isso, deve acompanhar a coisa principal, conclusão que decorre das circunstâncias do caso, do *princípio da gravitação jurídica*, conforme a parte final do art. 94 do CC. Assim o é um piano no conservatório musical, aproveitando o exemplo de Maria Helena Diniz.[92] Logicamente, quando a pessoa compra o conservatório, espera que o piano, pertença essencial, acompanhe

o primeiro. Em casos tais a pertença constitui um bem móvel incorporado a um imóvel, ou seja, um bem imóvel por acessão física intelectual. O mesmo não se pode dizer de um piano que se encontra na casa de alguém, também pertença, mas não essencial, aí sim merecendo aplicação a primeira parte do art. 94 do CC. Outrossim, fica claro, mais uma vez, que este autor não concorda com o teor do Enunciado n. 11 do CJF/STJ, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, elaborado nos seguintes termos: "Art. 79: não persiste no novo sistema legislativo a categoria dos bens imóveis por acessão intelectual, não obstante a expressão 'tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente', constante da parte final do art. 79 do CC". Compreendemos que quando o art. 79 do CC utiliza a expressão *artificialmente* está incluindo a vontade humana, a acessão intelectual, categoria que também pode ser retirada do conceito de pertença.[93] Por fim, conforme o Enunciado n. 535 do CJF/STJ, aprovado na *VI Jornada de Direito Civil*, para a existência da pertença, o art. 93 do Código Civil não exige elemento subjetivo como requisito para o ato de destinação. Apesar da louvável tentativa do enunciado, fica difícil imaginar um exemplo concreto pertinente em que a pertença surge por razão de ordem estritamente objetiva, sem que esteja presente a vontade do proprietário.

b.4) *Partes integrantes* – De acordo com Maria Helena Diniz, as partes integrantes são os bens acessórios que estão unidos ao bem principal, formando com este último um todo independente. As partes integrantes são desprovidas de existência material própria, mesmo mantendo sua integridade, exemplificando a Professora Titular da PUCSP, com a hipótese da lâmpada em relação ao lustre.[94] Também pode ser citada a lente de uma câmera filmadora. Constata-se que a lâmpada e a lente não têm a mesma funcionalidade quando não estão ligadas ao principal. A parte integrante sempre deve ser analisada tendo um outro bem como parâmetro. A diferença substancial em relação às pertenças é que as últimas têm certa individualidade.

b.5) *Benfeitorias* – São os bens acessórios introduzidos em um bem móvel ou imóvel, visando a sua conservação ou melhora da sua utilidade. Enquanto os frutos e produtos decorrem do bem principal, as benfeitorias são nele introduzidas. É interessante aqui relembrar a antiga classificação das benfeitorias, que remonta ao Direito Romano e que consta do art. 96 do CC:

- *Benfeitorias necessárias* – Sendo essenciais ao bem principal, são as que têm por fim conservar ou evitar que o bem se deteriore. Exemplo: a reforma do telhado de uma casa.
- *Benfeitorias úteis* – São as que aumentam ou facilitam o uso da coisa, tornando-a mais útil. Exemplo: instalação de uma gra na janela de uma casa.
- *Benfeitorias voluptuárias* – São as de mero deleite, de mero luxo, que não facilitam a utilidade da coisa, mas apenas tornam mais agradável o uso da coisa. Exemplo: construção de uma piscina em uma casa.

A classificação das benfeitorias descrita pode variar conforme a destinação, a utilidade ou a localização do bem principal, principalmente se as primeiras forem relacionadas com bens imóveis. A título de exemplo, uma piscina na casa de alguém é, em regra, benfeitoria voluptuária. A piscina, na escola de natação, é benfeitoria necessária. Essa classificação é importante para o estudo dos efeitos decorrentes da posse, conforme se verá mais à frente na presente obra (Capítulo de Direito das Coisas).

Não se pode confundir as benfeitorias com as acessões, nos termos do art. 97, pois as últimas são as incorporações introduzidas em um outro bem, imóvel, pelo proprietário, possuidor e detentor. Ademais, é possível afirmar que o que diferencia as benfeitorias das pertenças é que as primeiras são introduzidas por quem não é o proprietário, enquanto as últimas por aquele que tem o domínio. Tanto isso é verdade, a título de ilustração, que a Lei de Locação (Lei 8.245/1991) não trata das pertenças, apenas das benfeitorias quanto aos efeitos para o locatário (arts. 35 e 36). Exemplificando, para encerrar o tema, vejamos as hipóteses a seguir. Como fica um *toca-CDs-MP3-DVDs* em relação a um veículo? Como enquadrar o primeiro como bem acessório?

Situação 1: Se o veículo já vem com o *toca-CDs-MP3-DVDs* de fábrica, como parte do painel, o último será parte integrante do veículo.

Situação 2: Se o *toca-CDs-MP3-DVDs* foi instalado pelo proprietário será pertença não essencial. Como é de costume, se alguém vende um veículo, o *toca-CDs-MP3-DVDs* não o acompanha.

Situação 3: Se vigente um comodato e o comodatário instalar o *toca-CDs-MP3-DVDs*, este será benfeitoria voluptuária.

2.4.2.8 *Classificação em relação ao titular do domínio*

a) *Bens particulares ou privados* – São os que pertencem às pessoas físicas ou jurídicas de Direito privado, atendendo aos interesses dos seus proprietários. Nos termos do art. 98 do CC, que fez trabalho de exclusão, são bens privados aqueles que não são públicos.

b) *Bens públicos ou do Estado* – São os que pertencem a uma entidade de direito público interno, como no caso da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, entre outros (art. 98 do CC). Na *IV Jornada de Direito Civil*, concluiu-se que o rol constante do art. 98 do CC é meramente exemplificativo (*numerus apertus*) e não taxativo (*numerus clausus*). Nesse sentido, prevê o Enunciado n. 287 do CJF/STJ que "O critério da classificação de bens indicado no art. 98 do Código Civil não exaure a enumeração dos bens públicos, podendo ainda ser classificado como tal o bem pertencente à pessoa jurídica de direito privado que esteja afetado à prestação de serviços públicos". Nos termos do art. 99 do CC, os bens públicos podem ser assim classificados:

- *Bens de uso geral ou comum do povo* (art. 99, I, do CC) – São os bens destinados à utilização do público em geral, sem necessidade de permissão especial, caso das praças, jardins, ruas, estradas, mares, rios, praias, golfos, entre outros. Os bens de uso geral do povo não perdem a característica de uso comum se o Estado regulamentar sua utilização de maneira onerosa.
- *Bens de uso especial* (art. 99, II, do CC) – São os edifícios e terrenos utilizados pelo próprio Estado para a execução de serviço público especial, havendo uma destinação especial, denominada *afetação*. São bens de uso especial os prédios e as repartições públicas.
- *Bens dominicais ou dominiais* (art. 99, III, do CC) – São os bens públicos que constituem o patrimônio disponível e alienável da pessoa jurídica de Direito Público, abrangendo tanto móveis quanto imóveis. São exemplos de bens dominicais os terrenos de marinha, as terras devolutas, as estradas de ferro, as ilhas formadas em rios navegáveis, os sítios arqueológicos, as jazidas de minerais com interesse público, o mar territorial, entre outros.

Aprofundando o tema, a maioria da doutrina administrativista aponta que as expressões *bens dominicais* e *bens dominiais* são sinônimas (Celso Antonio Bandeira de Melo e Hely Lopes Meirelles). Mas autores como José Cretella Jr. e José dos Santos Carvalho Filho entendem que os conceitos são distintos, pois os bens dominiais são *gênero* (qualquer bem público), enquanto que os bens dominicais são *espécie* (os enquadrados no art. 99, III, do CC). Os posicionamentos constam da obra do último doutrinador citado.[95]

Os bens públicos de uso geral do povo e os de uso especial são bens do domínio *público* do Estado. Os dominicais são do domínio *privado* do Estado. Os bens públicos dominicais podem, por determinação legal, ser convertidos em bens públicos de uso comum ou especial. Desse modo, os

bens públicos de uso comum do povo e de uso especial têm como característica a *inalienabilidade*, não havendo qualquer referência quanto aos dominicais no art. 100 do CC. O dispositivo seguinte consagra a possibilidade de alienação dos bens dominicais, desde que respeitados os parâmetros legais (art. 101 do CC). Quanto aos primeiros, lembre-se que a inalienabilidade não é absoluta, podendo perder essa característica pela *desafetação*. Leciona Renan Lotufo que a "desafetação é mudança de destinação do bem, visando incluir bens de uso comum do povo, ou bens de uso especial, na categoria de bens dominicais, para possibilitar a alienação, nos termos das regras do Direito Administrativo".[96]

Enuncia o art. 102 do Código de 2002 que os bens públicos, móveis ou imóveis, não estão sujeitos a usucapião, eis que há a imprescritibilidade das pretensões a eles referentes, confirmando determinação que já constava dos arts. 183, § 3.º, e 191, parágrafo único, da CF/1988, quanto aos bens imóveis. A expressão contida no dispositivo legal engloba tanto os bens de uso comum do povo como os de uso especial e dominicais. Destaque-se que existem teses que propõem que os bens públicos são usucapíveis. O tema será aprofundado quando do estudo do Direito das Coisas.

Finalizando, para muitos estudiosos do Direito, na classificação de bens, está superada a dicotomia *público e privado* apontada. Surge o conceito de *bem difuso*, sendo seu exemplo típico o meio ambiente, protegido pelo art. 225 da Constituição Federal e pela Lei 6.938/1981, visando à proteção da coletividade, de entes públicos e privados. O *Bem Ambiental* é, nessa visão englobadora, um bem difuso, material ou imaterial, cuja proteção visa assegurar a sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações. Essa é a melhor concepção *civil-constitucional* de meio ambiente, visando à proteção das presentes e futuras gerações, ou seja, amparando-se direitos *transgeracionais* ou *intergeracionais*.[97] Essa ampla proteção justifica o *princípio do poluidor-pagador*, com a responsabilidade objetiva – independentemente de culpa –, e solidária de todos aqueles que causam danos ambientais, nos termos do art. 14, § 1.º, da Lei 6.938/1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente).

Existe ainda o conceito de *res nullius* que são aqueles bens ou coisas que não têm dono (*coisas de ninguém*). Por uma questão lógica, esses somente poderão ser bens móveis, pois os imóveis que não pertencem a qualquer pessoa são do Estado (terras devolutas).

2.4.3 Do bem de família. O tratamento dualista do sistema jurídico

O bem de família pode ser conceituado como o imóvel utilizado como residência da entidade familiar, decorrente de casamento, união estável, entidade monoparental, ou entidade de outra origem, protegido por previsão legal específica. Na realidade jurídica nacional, conforme se expôs, faz-se interpretação extensiva de proteção da moradia para atingir o imóvel onde reside pessoa solteira, separada ou viúva (Súmula 364 do STJ).

Originariamente e na perspectiva histórica, ensina Álvaro Villaça Azevedo que “Pode-se dizer, seguramente, que o bem de família nasceu com tratamento jurídico específico, na República do Texas, sendo certo que, no Direito Americano, desponta ele como sendo uma pequena propriedade agrícola, residencial, da família, consagrada à proteção desta”.[98] Trata-se da proteção do *homestead* o que significa *local do lar*.

Duas são as formas de bem de família previstas no ordenamento jurídico brasileiro:

- *Bem de família voluntário ou convencional* – com tratamento no Código Civil de 2002 entre os seus arts. 1.711 a 1.722.
- *Bem de família legal* – regulado pela Lei 8.009/1990, baseada no trabalho acadêmico do Professor Álvaro Villaça Azevedo.

Consigne-se que as duas categorias não se confundem quanto aos seus tratamentos legais, notadamente em relação às exceções à impenhorabilidade. A partir dessa *visão dualista*, passa-se à análise dessas duas modalidades de bens protegidas pela lei privada.

2.4.3.1 *Bem de família voluntário ou convencional*

O *bem de família convencional ou voluntário* pode ser instituído pelos cônjuges, pela entidade familiar ou por terceiro, mediante escritura pública ou testamento, não podendo ultrapassar essa reserva um terço do patrimônio líquido das pessoas que fazem a instituição (art. 1.711 do CC). O limite estabelecido pela legislação visa a proteger eventuais credores. Ainda pelo que consta da parte final desse dispositivo, o bem de família convencional não revogou o bem de família legal, coexistindo ambos em nosso ordenamento jurídico. No caso de instituição por terceiro, devem os cônjuges aceitar expressamente o benefício.

Para que haja a proteção prevista em lei, é necessário que o bem seja imóvel residencial, rural ou urbano, incluindo a proteção a todos os bens acessórios que o compõem, caso inclusive das pertenças (art. 1.712 do CC). A proteção poderá abranger valores mobiliários, cuja renda seja aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família.

Constituindo novidade, pelo art. 1.713 do CC os valores mobiliários não poderão exceder o valor do prédio instituído, diante da sua flagrante natureza acessória. Tais valores, ademais, devem ser individualizados no instrumento de instituição do bem de família convencional (art. 1.713, § 1.º, do CC). Se se tratar de títulos nominativos, a sua instituição como bem de família também deverá constar dos respectivos livros de registro (art. 1.713, § 2.º, do CC). Eventualmente, o instituidor da proteção pode determinar que a administração desses valores seja confiada a uma instituição financeira, bem como disciplinar a forma de pagamento das rendas a todos os beneficiários (art.

1.713, § 3.º, do CC). Nessas hipóteses, a responsabilidade dos administradores obedecerá às regras previstas para o contrato de depósito voluntário (arts. 627 a 646 do CC).

A instituição do bem de família convencional deve ser efetuada por escrito e registrado no Cartório de Registro de Imóveis do local em que o mesmo está situado (art. 1.714 do CC). Em todos os casos, pela regra especial e expressa do art. 1.711 do CC, há necessidade de escritura pública ou testamento, não importando o valor do imóvel. Assim, não merecerá aplicação o art. 108 do CC, que dispensa a elaboração de escritura pública nos negócios envolvendo imóveis com valor igual ou inferior a trinta salários mínimos.

Com a instituição do bem de família convencional ou voluntário, o prédio se torna inalienável e impenhorável, permanecendo isento de execuções por dívidas posteriores à instituição. Entretanto, tal proteção não prevalecerá nos casos de dívidas com as seguintes origens (art. 1.715 do CC).

a) dívidas anteriores à sua constituição, de qualquer natureza;
b) dívidas posteriores, relacionadas com tributos relativos ao prédio, caso do IPTU (obrigações *propter rem* ou ambulatórias);
c) despesas de condomínio (outra típica obrigação *propter rem* ou *ambulatória*), mesmo posteriores à instituição.

Destaque-se *que essas são as exceções relativas ao bem de família convencional, não se confundido com aquelas previstas para o bem de família legal* (art. 3.º da Lei 8.009/1990).

O parágrafo único, do art. 1.715, do CC, está em sintonia com a proteção da pessoa, prevendo que, no caso de execução dessas dívidas, o saldo existente deva ser aplicado em outro prédio, como bem de família, ou em títulos da dívida pública, para sustento familiar, a não ser que motivos relevantes aconselhem outra solução, a critério do juiz.

A inalienabilidade, como regra geral, está prevista no art. 1.717 do CC, sendo somente possível a alienação do referido bem mediante consentimento dos interessados (membros da entidade familiar), e de seus representantes, ouvido o Ministério Público. Como fica claro pelo dispositivo, a possibilidade de alienação depende de autorização judicial, sendo relevantes os motivos para tanto.

Eventualmente, comprovada a impossibilidade de manutenção do bem de família convencional, poderá o juiz, a requerimento dos interessados, extingui-lo ou autorizar a sub-rogação real de bens que o constituem em outros, ouvido o instituidor e o Ministério Público. Trata-se de uma hipótese de dissolução judicial do bem protegido (art. 1.719 do CC).

No que concerne à sua administração, salvo previsão em contrário, cabe a ambos os cônjuges ou companheiros, sendo possível a intervenção judicial, em caso de divergência (art. 1.720 do CC). Esse comando legal, que constitui novidade, está em total sintonia com a igualdade consagrada no art. 226 da CF/1988 e no art. 1.511 do CC. Traz também uma tendência de *judicialização dos conflitos conjugais*, pois o juiz irá decidir sobre a questão que interessa aos membros da entidade

familiar. É importante a constatação de que essa tendência não é a atual, de fuga do Judiciário, o que pode ser captado pela recente Lei 11.441/2007, que possibilita o divórcio, o inventário e a partilha extrajudiciais (*desjudicialização*).

No caso de falecimento de ambos os cônjuges, a administração caberá ao filho mais velho, se ele for maior. Caso contrário, a administração caberá a seu tutor (art. 1.720, parágrafo único, do CC).

A instituição dura até que ambos os cônjuges faleçam, sendo que, se restarem filhos menores de 18 anos, mesmo falecendo os pais, a instituição perdura até que todos os filhos atinjam a maioridade (art. 1.716 do CC). Mais uma vez se percebe a intenção do legislador de proteger a célula familiar. Todavia, a extinção do bem de família convencional não afasta a impenhorabilidade prevista na Lei 8.009/1990.

A dissolução da sociedade conjugal, por divórcio, morte, inexistência, nulidade ou anulabilidade do casamento, não extingue o bem de família convencional. Dissolvida a sociedade conjugal por morte de um dos cônjuges, o sobrevivente poderá pedir a extinção da proteção, se for o único bem do casal (art. 1.721, parágrafo único, do CC). Porém, mais uma vez, a extinção do bem de família voluntário ou convencional não afasta a proteção da lei específica.

Por fim, enuncia o art. 1.722 do CC que se extingue o bem de família convencional com a morte de ambos os cônjuges e a maioridade dos filhos, desde que não sujeitos à curatela. Pela terceira vez elucidando, essa extinção não impede a aplicação da proteção constante da Lei 8.009/1990, sobre a qual se começa a tratar.

2.4.3.2 *Bem de família legal*

A Lei 8.009/1990 traça as regras específicas quanto à proteção do bem de família legal, prevendo o seu art. 1.º que "O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei". Trata-se de importante *norma de ordem pública* que protege tanto a família quanto a pessoa humana.

Isso justifica a Súmula 205 do STJ, segundo a qual a Lei 8.009/1990 tem eficácia retroativa, atingindo as penhoras constituídas antes da sua entrada em vigor. Trata-se do que denominamos *retroatividade motivada ou justificada*, em prol das normas de ordem pública. Sendo norma de ordem pública no campo processual, a impenhorabilidade do bem de família legal pode ser conhecida de ofício pelo juiz (nesse sentido, ver: TRT 9.ª R., Proc. 17606-2001-651-09-00-6; Ac. 34972-2007, Seção Especializada, Rela. Des.ª Marlene Teresinha Fuverki Suguimatsu, *DJPR*

27.11.2007).

Ato contínuo, antes de arrematação do bem, a alegação de impenhorabilidade cabe por simples petição, não sendo o caso de preclusão processual (nesse sentido, ver: STJ, AgRg no REsp 292.907/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3.ª Turma, j. 18.08.2005, *DJ* 12.09.2005, p. 314). Por fim, o bem de família é irrenunciável, ou seja, o seu oferecimento à penhora não torna o bem objeto de constrição (nesse sentido, ver, por todos: STJ, REsp 511.023/PA, Rel. Min. Jorge Scartezzini, 4.ª Turma, j. 18.08.2005, *DJ* 12.09.2005, p. 333). Como se percebe, a jurisprudência nacional vem entendendo que o bem de família legal acaba por quebrar alguns paradigmas processuais.

Em regra, a impenhorabilidade somente pode ser reconhecida se o imóvel for utilizado para residência ou moradia permanente da entidade familiar, não sendo admitida a tese do simples domicílio (art. 5.º, *caput*, da Lei 8.009/1990). O Superior Tribunal de Justiça, contudo, entende que, no caso de locação do bem, utilizada a renda do imóvel para a mantença da entidade familiar ou para locação de outro imóvel, a proteção permanece, o que pode ser concebido como um *bem de família indireto*. A questão consolidou-se de tal forma que, em 2012, foi editada a Súmula 486 do STJ, *in verbis*: "É impenhorável o único imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência ou a moradia da sua família".

Entendeu-se, ainda, que a premissa igualmente vale para o caso de único imóvel do devedor que esteja em usufruto, para destino de moradia de sua mãe, pessoa idosa (STJ, REsp 950.663/SC, 4.ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 10.04.2012). Na última *decisium*, além da proteção da moradia, julgou-se com base no sistema de tutela constante do Estatuto do Idoso.

Tal tendência de ampliação da tutela da moradia também pode ser retirada de aresto mais recente, publicado no *Informativo* n. *543* do STJ, ao deduzir que "constitui bem de família, insuscetível de penhora, o único imóvel residencial do devedor em que resida seu familiar, ainda que o proprietário nele não habite". Nos termos da publicação do aresto, que conta com o total apoio deste autor, "deve ser dada a maior amplitude possível à proteção consignada na lei que dispõe sobre o bem de família (Lei 8.009/1990), que decorre do direito constitucional à moradia estabelecido no *caput* do art. 6.º da CF, para concluir que a ocupação do imóvel por qualquer integrante da entidade familiar não descaracteriza a natureza jurídica do bem de família" (STJ, EREsp 1.216.187/SC, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 14.05.2014). O julgado menciona, ainda, a proteção constitucional da família, encartada no art. 226, *caput*, do mesmo Texto Maior.

A residência da entidade familiar pode ser comprovada pela juntada de comprovantes de pagamento de contas de água, luz, gás e telefone, sendo certo que outros meios probatórios podem conduzir o magistrado ao reconhecimento da penhorabilidade ou não (nesse sentido, ver: TJRS, Acórdão 70006884670, Torres, 18.ª Câmara Cível, Rel. Des. Mario Rocha Lopes Filho, j. 11.12.2003).

No caso de a pessoa não ter imóvel próprio, a impenhorabilidade recai sobre os bens móveis quitados que guarneçam a residência e que sejam da propriedade do locatário (art. 1.º, parágrafo único, da Lei 8.009/1990). Os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos estão excluídos da impenhorabilidade (art. 2.º). A penhorabilidade dos veículos de transporte, em visão ampliada, atinge as vagas de garagem com matrícula própria, segundo a Súmula 449 do STJ ("A vaga de garagem que possui matrícula própria no registro de imóveis não constitui bem de família para efeito de penhora"). A súmula merece críticas, pois diante do princípio da gravitação jurídica (o acessório segue o principal), se a impenhorabilidade atinge o imóvel do mesmo modo deve atingir a vaga de garagem.

Nas situações concretas de imóvel locado, a impenhorabilidade atinge também os bens móveis do locatário, quitados, que guarneçam a sua residência (art. 2.º, parágrafo único, da Lei 8.009/1990).

Pois bem, como assunto de grande relevância, o art. 3.º da Lei 8.009/1990 consagra exceções à impenhorabilidade, a saber, de forma detalhada e comentada:

a) Créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias. Aqui, incluem-se os empregados domésticos e empregados da construção civil, no caso de aumento da área construída do imóvel, desde que haja vínculo de emprego. Não havendo tal vínculo, o STJ já entendeu que a exceção não se aplica, como na hipótese de contratação de empreiteiro que contratou os empregados para a obra no imóvel (STJ, REsp 644.733/SC, Rel. Min. Francisco Falcão, Rel. p/ o Acórdão Min. Luiz Fux, 1.ª Turma, j. 20.10.2005, *DJ* 28.11.2005, p. 197).

b) Pelo titular do crédito decorrente de financiamento destinado à construção ou aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos decorrentes do contrato.

c) Pelo credor de pensão alimentícia, seja ela decorrente de alimentos convencionais, legais (de Direito de Família) ou indenizatórios (nos termos do art. 948, II, do CC). A respeito dos alimentos indenizatórios, a questão não é pacífica. Todavia, ficamos com os julgados que entendem pela exceção à impenhorabilidade em casos tais (ver: STJ, REsp 437.144/RS, Rel. Min. Castro Filho, 3.ª Turma, j. 07.10.2003, *DJ* 10.11.2003 p. 186; AgRg-Ag 772.614/MS, 3.ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 13.05.2008; *DJe* 06.06.2008 e REsp 1.186.228/RS, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 04.09.2012, publicado no seu *Informativo* n. *503*). Cumpre anotar que o STJ não inclui entre tais débitos alimentares os honorários advocatícios, conforme se extrai de julgado publicado no seu *Informativo* n. *469*, de abril de 2011 (STJ, REsp 1.1826.108/MS, Rel. Min. Aldir Passarinho, julgado em 12.04.2011).

d) Para a cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em relação ao imóvel familiar. Quando há menção às contribuições relativas ao imóvel, segundo a jurisprudência, estão incluídas as dívidas decorrentes do condomínio, eis que esse inciso trata das obrigações *propter rem* ou ambulatórias (STF, RE 439.003/SP, Rel. Eros Grau, j. 06.02.2007, *Informativo* n. *455*, 14 de fevereiro de 2007). Nota-se que o Supremo Tribunal Federal considerou que o caso é de interpretação declarativa, e não extensiva. Realmente, se o caso fosse de interpretação extensiva, a exceção não se aplicaria, pois não se pode sacrificar a moradia, valor constitucional com tal técnica de interpretação. Nessa trilha, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que a exceção não se aplica no caso de dívidas de associações de moradores em condomínios fechados de casas, hipótese não abarcada na previsão em comento, não cabendo a ampliação do texto legal em casos tais, até porque a norma é de exceção (STJ, REsp 1.324.107/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 13.11.2012, publicado no seu *Informativo* n. *510*).

e) Para a execução de hipoteca sobre o imóvel, oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar. O STJ tem afastado a penhora do bem de família nos casos de hipoteca oferecida por membro da entidade familiar, visando garantir dívida de sua empresa individual (STJ, AgRg no Ag 597.243/GO, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4.ª Turma, j. 03.02.2005,

DJ 07.03.2005, p. 265). A interpretação é que a exceção somente se aplica se a hipoteca for instituída no interesse de ambos os cônjuges ou de toda a entidade familiar. Na mesma linha, a Corte Superior, dando interpretação restritiva à exceção, concluiu que a norma não alcança os casos em que a pequena propriedade rural é dada como garantia de dívida. Sustentou-se que tal propriedade encontra proteção contra a penhora no art. 5.º, XXVI, da CF/1988, dispositivo que deve prevalecer na espécie, não sendo o caso de incidir a norma excepcional ora em estudo (STJ, REsp 1.115.265/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 24.04.2012, *Informativo* n. *496*).

f) No caso de o imóvel ter sido adquirido como produto de crime ou para a execução de sentença penal condenatória de ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.

g) Por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação de imóvel urbano, exceção que foi introduzida pelo art 82 da Lei 8.245/1991.

Em relação a essa última exceção (art. 3.º, VII, da Lei 8.009/1990), sempre divergiram doutrina e jurisprudência no que tange à sua suposta inconstitucionalidade. A problemática foi debatida pelo Supremo Tribunal Federal entre os anos de 2005 e 2006.

Em decisão monocrática do ano de 2005, o então Ministro Carlos Velloso entendeu pela inconstitucionalidade da norma, tese a qual se filia (nesse sentido, ver: STF, RE 352.940/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 25.04.2005). O primeiro argumento é a festejada proteção da moradia e da dignidade humana, retiradas do art. 6.º do Texto Maior. O segundo argumento é a lesão à isonomia e à razoabilidade, uma vez que o locatário, devedor principal, não perde o bem de família, ao contrário do fiador. Ora, sabe-se que a fiança é contrato acessório e, como tal, não pode trazer mais obrigações que o contrato principal.

Todavia, o plenário do Supremo Tribunal Federal julgou a questão em 8 de fevereiro de 2006 e, por maioria de votos (7 a 3), entendeu pela constitucionalidade da norma (nesse sentido, ver: STF, RE 407.688/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 08.02.2006). Primeiro, porque a lei do bem de família é clara ao prever a possibilidade de penhora do imóvel de residência de fiador de locação de imóvel urbano, sendo esta regra inafastável. Em suma, quando o fiador assina o contrato sabe que pode perder o bem de família. Ademais, entendeu-se que a norma protege o mercado imobiliário, devendo ainda ter aplicação, nos termos do art. 170 da CF/1988.

Apesar do julgamento pelo STF, destaque-se que muitos Tribunais Estaduais vêm se filiando ao entendimento da inconstitucionalidade, conforme tabela a seguir:

– TJMG, Processo 1.0480.05.076516-7/002(1), Rel. Des. Viçoso Rodrigues, Rel. p/ o Acórdão: Fabio Maia Viani, j. 19.02.2008, publicado 13.03.2008. Do mesmo Tribunal, ainda: TJMG, Agravo Interno 1.0105.07.226985-2/0011, Governador Valadares, 14.ª Câmara Cível, Rel. Des. Antônio de Pádua, j. 05.03.2009, *DJEMG* 24.04.2009.

– TJRS, Apelação Cível 251772-57.2013.8.21.7000, Porto Alegre, 15.ª Câmara Cível, Rel. Des. Otávio Augusto de Freitas Barcellos, j. 11.09.2013, *DJERS* 18.09.2013.

– TJMS, Acórdão 2008.025448-7/0000-00, Campo Grande, 5.ª Turma Cível, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, *DJEMS* 08.06.2009, p. 36.

– TJSE, Agravo de Instrumento 2008203947, Acórdão 3245/2009, 1.ª Câmara Cível, Rel. Des. Cláudio Dinart Déda Chagas,

DJSE 11.05.2009, p. 11.

– TJSC, Embargos de Declaração no Acórdão 2006.027903-6, Blumenau, 2.ª Câmara de Direito Civil, Rel.ª Des.ª Salete Silva Sommariva, *DJSC* 19.03.2008, p. 139.

– TJPR, Agravo de Instrumento 352.151-1, Acórdão 4269, Curitiba, 16.ª Câmara Cível, Rel.ª Des.ª Maria Mercis Gomes Aniceto, j. 16.11.2006, *DJPR* 01.12.2006.

Na opinião deste autor, a melhor solução é que a norma seja revogada, resolvendo-se definitivamente a questão. Entre as proposições, cite-se o Projeto de Lei 408/2008, em trâmite no Senado Federal, proposto pelo então Senador Papaléo Paes. Na Câmara dos Deputados, com o mesmo intuito, estão em trâmite três projeções para a mesma revogação: PL 1.622/1996, PL 2.368/1996 e PL 1.458/2003.

De toda sorte, fixando posição doutrinária já manifestada, entende-se que a norma é inconstitucional e desequilibrada, não podendo prevalecer no sistema jurídico nacional.

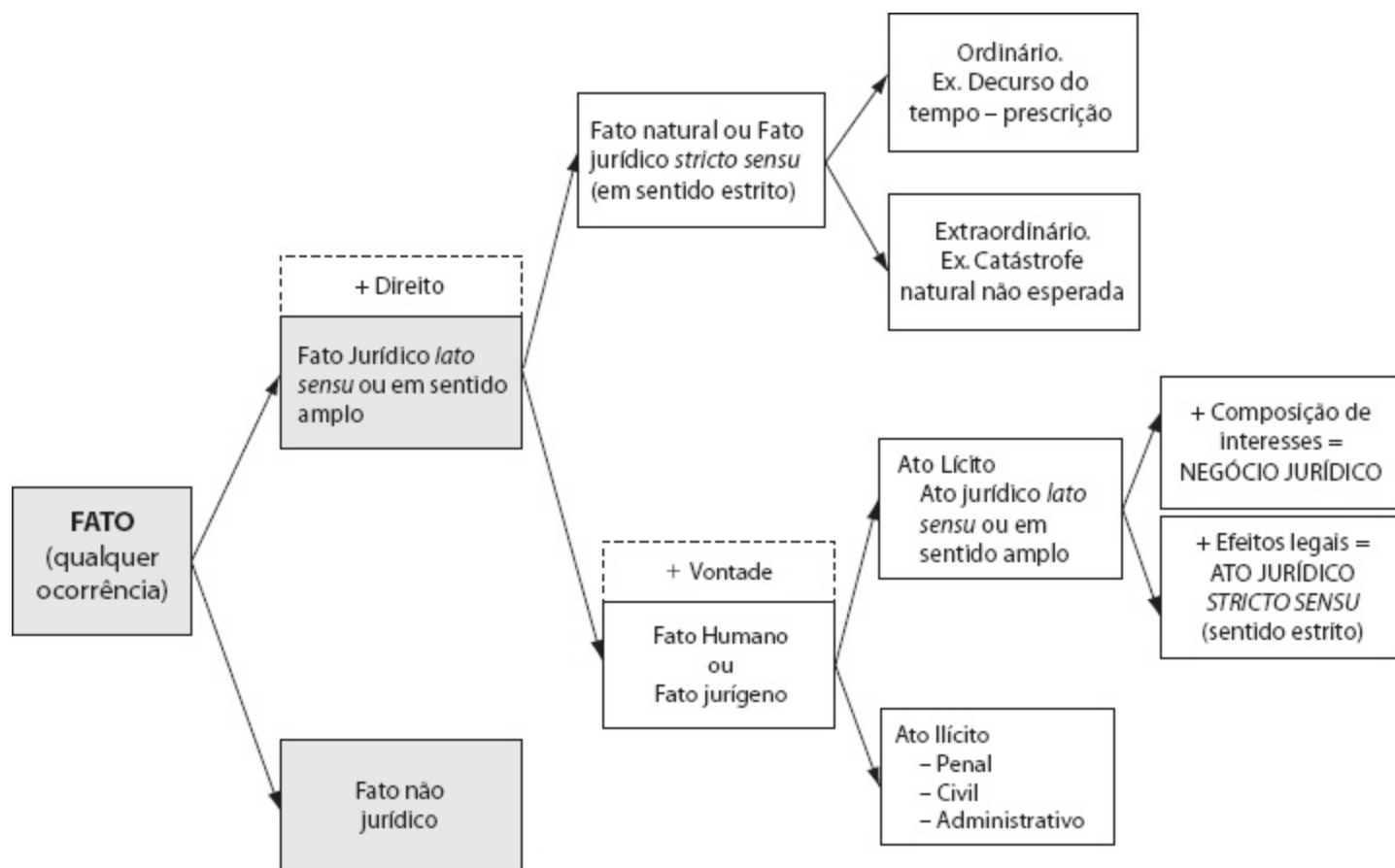
Encerrando o estudo do instituto, cumpre relevar que o Superior Tribunal de Justiça entendeu recentemente que o rol das exceções à proteção do bem de família é meramente exemplificativo (*numerus apertus*).

Em julgado do ano de 2012, acabou por deduzir a Corte que a proteção da citada impenhorabilidade não pode prevalecer nos casos em que o devedor atua de má-fé, alienando todos os seus bens e fazendo restar apenas o imóvel de residência. Conforme voto da Ministra Nancy Andrighi, "Não há, em nosso sistema jurídico, norma que possa ser interpretada de modo apartado aos cânones da boa-fé. Todas as disposições jurídicas, notadamente as que confiram excepcionais proteções, como ocorre com a Lei 8.009/1990, só têm sentido se efetivamente protegerem as pessoas que se encontram na condição prevista pelo legislador. Permitir que uma clara fraude seja perpetrada sob a sombra de uma disposição legal protetiva implica, ao mesmo tempo, promover uma injustiça na situação concreta e enfraquecer, de maneira global, todo o sistema de especial de proteção objetivado pelo legislador" (STJ, REsp 1.299.580/RJ, 3.ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.03.2012). A premissa foi confirmada em outra *decisium*, de 2014, segundo a qual "deve ser afastada a impenhorabilidade do único imóvel pertencente à família na hipótese em que os devedores, com o objetivo de proteger o seu patrimônio, doem em fraude à execução o bem a seu filho menor impúbere após serem intimados para o cumprimento espontâneo da sentença exequenda" (STJ, REsp 1.364.509/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 10.06.2014, publicada no seu *Informativo* n. *545)*.

Os julgamentos são sociológicos, apesar de encontrarem obstáculo da antiga máxima segundo a qual as normas de exceção não admitem interpretação extensiva. O tema fica em aberto para as devidas reflexões.

2.5 PARTE GERAL DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. TEORIA GERAL DO NEGÓCIO JURÍDICO

2.5.1 Conceitos básicos. Fato, ato e negócio jurídico

Os conceitos de fato jurídico, ato jurídico e negócio jurídico são fundamentais para a compreensão do Direito Privado, estando expostos no quadro a seguir:

Vejamos os conceitos básicos expostos no diagrama acima. Atente-se que quando um conceito é exposto sem se mencionar se ele está em sentido amplo (*lato sensu*) ou em sentido estrito (*stricto sensu*), deve-se entendê-lo como em sentido amplo.

a) FATO JURÍDICO – Uma ocorrência que interessa ao Direito, ou seja, que tenha relevância jurídica. O *fato jurídico lato sensu* pode ser natural, denominado *fato jurídico stricto sensu*. Esse pode ser um fato ordinário ou extraordinário. Pode o fato ser ainda humano, surgindo o conceito de *fato jurígeno*.
FÓRMULA. Fato jurídico = Fato + Direito.

b) ATO JURÍDICO – Trata-se de um fato jurídico com elemento volitivo e conteúdo lícito. Este autor está filiado à corrente doutrinária que afirma que o ato ilícito não é jurídico, por ser *antijurídico (contra o direito)*. Essa é a opinião de Zeno Veloso, citando ainda o posicionamento de Orosimbo Nonato, Vicente Ráo, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho.[99] Todavia, a questão não é pacífica, pois doutrinadores como Pontes de Miranda sustentam que o ato ilícito também é ato jurídico.[100] Esse também é o posicionamento de José Carlos Moreira Alves, autor da Parte Geral do Código Civil de

2002.[101]

FÓRMULA. Ato Jurídico = Fato + Direito + Vontade + Licitude.

c) NEGÓCIO JURÍDICO – Ato jurídico em que há uma composição de interesses das partes com uma finalidade específica. A expressão tem origem na construção da negação do ócio ou descanso (*neg + otium*), ou seja, na ideia de movimento. Como faz Antônio Junqueira de Azevedo, pode-se afirmar que o *negócio jurídico constitui a principal forma de exercício da autonomia privada*, da liberdade negocial: "*in concreto*, negócio jurídico é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que todo o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide".[102] Ou ainda, como quer Álvaro Villaça Azevedo, no negócio jurídico "as partes interessadas, ao manifestarem sua vontade, vinculam-se, estabelecem, por si mesmas, normas regulamentadoras de seus próprios interesses".[103] Ainda no contexto de definição, cabe também expor a ideia de Larenz, construída a partir do Código Civil Alemão (BGB). Para o jurista, o negócio jurídico é um ato – ou uma pluralidade de atos entre si relacionados entre uma ou várias pessoas –, cujo fim é produzir um efeito jurídico no âmbito do Direito Privado, isto é, uma modificação nas relações jurídicas entre os particulares.[104] O negócio jurídico é o ponto principal da Parte Geral do Código Civil, sendo o seu conceito vital para conhecer o contrato, o casamento e o testamento, seus exemplos típicos.
FÓRMULA. Negócio Jurídico = Fato + Direito + Vontade + Licitude + Composição de interesses das partes com finalidade específica.

d) ATO JURÍDICO *STRICTO SENSU* – configura-se quando houver objetivo de mera realização da vontade do titular de um determinado direito, não havendo a criação de instituto jurídico próprio para regular direitos e deveres, muito menos a composição de vontade entre as partes envolvidas. No ato jurídico *stricto sensu* os efeitos da manifestação de vontade estão predeterminados pela lei. Para Marcos Bernardes de Mello, destacado intérprete da obra de Pontes de Miranda, o ato jurídico *stricto sensu* é um "fato jurídico que tem por elemento nuclear do suporte fático a manifestação ou declaração unilateral de vontade cujos efeitos jurídicos são prefixados pelas normas jurídicas e invariáveis, não cabendo às pessoas qualquer poder de escolha da categoria jurídica ou de estruturação do conteúdo das relações respectivas".[105] Podem ser citados como exemplos de atos jurídicos *stricto sensu* a ocupação de um imóvel, o pagamento de uma obrigação e o reconhecimento de um filho. A respeito dos atos jurídicos em sentido estrito, o art. 185 do atual Código Civil enuncia a aplicação das mesmas regras do negócio jurídico, no que couber. Ilustrando, as regras relativas às teorias das nulidades ou dos defeitos do negócio jurídico subsumem-se ao ato jurídico *stricto sensu*.

Pois bem, além desses conceitos expostos, parte considerável da doutrina ainda estuda o *ato-fato jurídico* ou *ato real*. Vejamos alguns conceitos dessa categoria:

> – Pontes de Miranda – "Os *atos reais*, ditos, assim por serem mais dos fatos, das coisas, que dos homens – ou *atos naturais*, se separamos natureza e psique, ou atos *meramente externos*, se assim os distinguirmos, por abstraí-rem eles do que se passa no interior do agente – são os atos humanos a cujo suporte fático se dá entrada, como fato jurídico, no mundo jurídico, sem se atender, portanto, à vontade dos agentes: são atos-fatos jurídicos. Nem é preciso que haja querido a juridicização dêles, nem, *a fortiori*, a irradiação de efeitos. Nos atos reais, a vontade não é elemento do suporte fático (= o suporte fático seria suficiente, ainda sem ela). *Exemplos de atos reais*. São os principais *atos reais: a)* a *tomada de posse* ou aquisição da posse, *b)* a transmissão da posse pela *tradição; c)* o *abandono da posse; d)* o *descobrimento do tesouro; e)* a *especificação; f)* a *composição de obra científica, artística ou literária; g)* a *ocupação*".[106]
>
> – Paulo Lôbo – "Os atos-fatos jurídicos são atos ou comportamentos humanos em que não houve vontade, ou, se houve, o direito não as considerou. Nos atos-fatos jurídicos a vontade não integra o suporte fático. É a lei que os faz jurídicos e atribui consequências ou efeitos, independentemente de estes terem sido queridos ou não. O ato ou a vontade é esvaziada e é

apenas levada para juridicização como fato; o ato dissolve-se no fato".[107]

– Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho – "No ato-fato jurídico, o ato humano é realmente da substância desse fato jurídico, mas não importa para a norma se houve, ou não, intenção de praticá-lo".[108] (...) "Excelente exemplo de ato-fato jurídico encontramos na compra e venda feita por criança. Ninguém discute que a criança, ao comprar o doce no boteco da esquina, não tem vontade direcionada à celebração do contrato de consumo. Melhor do que considerar, ainda que apenas formalmente, esse ato como negócio jurídico, portador de intrínseca nulidade por força da incapacidade absoluta do agente, é enquadrá-lo na noção de ato-fato jurídico, dotado de ampla aceitação social".[109]

Em suma, pode-se dizer que *o ato-fato jurídico é um fato jurídico qualificado por uma vontade não relevante juridicamente em um primeiro momento; mas que se revela relevante por seus efeitos*. Além do exemplo dos últimos doutrinadores, pode ser citada a hipótese em que alguém encontra um tesouro sem querer, ou seja, sem vontade para tais fins.

Por fim, anote-se que a opinião deste autor, não há necessidade de se criar uma categoria própria para solucionar ou enquadrar tais situações. As categorias de fato, ato e negócio parecem ser suficientes para tanto. No exemplo da criança, tem-se negócio válido, se ela demonstrar discernimento bastante para o ato. No caso do tesouro, há um ato jurídico em sentido estrito, enquadrado no art. 185 do CC/2002. A simplicidade deve ser o caminho do intérprete, quando ela for possível e suficiente.

2.5.2 Classificações do negócio jurídico

A classificação do negócio jurídico tem como objetivo enquadrar um determinado instituto jurídico, bem como demonstrar a natureza jurídica deste (*categorização jurídica)*. Pelo que consta no art. 185 da atual codificação, as classificações a seguir servem tanto para os negócios quanto para os atos jurídicos em sentido estrito.

I) *Quanto às manifestações de vontade dos envolvidos:*

- *Negócios jurídicos unilaterais* – atos e negócios em que a declaração de vontade emana de apenas uma pessoa, com u único objetivo. Exemplos: testamento, renúncia a um crédito e promessa de recompensa. Podem ser *negócios unilaterais receptícios* – aqueles em que a declaração deve ser levada a conhecimento do seu destinatário para que possa produzir efeitos (*v.g.* promessa de recompensa) e *negócios unilaterais não receptícios* – em que o conhecimento pelo destinatário é irrelevante (*v.g.* testamento).
- *Negócios jurídicos bilaterais* – há duas manifestações de vontade coincidentes sobre o objeto ou bem jurídico tutelado. Exemplos: contrato e casamento.
- *Negócios jurídicos plurilaterais* – envolvem mais de duas partes, com interesses coincidentes no plano jurídico. Exemplos: contrato de consórcio e contrato de sociedade entre várias pessoas.

II) *Quanto às vantagens patrimoniais para os envolvidos*:

- *Negócios jurídicos gratuitos* – são os atos de liberalidade, que outorgam vantagens sem impor ao beneficiado a obrigaç de uma contraprestação. Exemplo: doação pura.

- *Negócios jurídicos onerosos* – envolvem sacrifícios e vantagens patrimoniais para todas as partes no negócio (prestação + contraprestação). Exemplos: compra e venda e locação.
  A doutrina aponta mais duas outras modalidades de negócios que também devem ser consideradas: *a) Negócios jurídicos neutros* – aqueles em que não há uma atribuição patrimonial determinada, não podendo ser enquadrados como gratuitos ou onerosos, caso da instituição de um bem de família voluntário ou convencional (arts. 1.711 a 1.722 do CC). *b) Negócios jurídicos bifrontes* – aqueles que tanto podem ser gratuitos como onerosos, o que depende da intenção das partes. Exemplos: depósito e mandato, que podem assumir as duas formas.[110]

III) *Quanto aos efeitos, no aspecto temporal*:

- *Negócios jurídicos inter vivos* – destinados a produzir efeitos desde logo, isto é, durante a vida dos negociantes ou interessados. Exemplo: contratos em geral.
- *Negócios jurídicos* mortis causa – aqueles cujos efeitos só ocorrem após a morte de determinada pessoa. Exemplos: testamento e legado.

IV) *Quanto à necessidade ou não de solenidades e formalidades*:

- *Negócios jurídicos formais ou solenes* – obedecem a uma forma ou solenidade prevista em lei para a sua validade e aperfeiçoamento, caso do casamento e do testamento.
- *Negócios jurídicos informais ou não solenes* – admitem forma livre, constituindo regra geral, pelo que prevê o art. 107 do CC, em sintonia com o princípio da operabilidade ou simplicidade. Exemplos: locação e prestação de serviços.

V) *Quanto à independência ou autonomia*:

- *Negócios jurídicos principais ou independentes* – negócios que têm vida própria e não dependem de qualquer outro negócio jurídico para terem existência e validade (*v.g.*, locação).
- *Negócios jurídicos acessórios ou dependentes* – aqueles cuja existência está subordinada a um outro negócio jurídico, denominado principal (*v.g.*, fiança em relação à locação).

VI) *Quanto às condições pessoais especiais dos negociantes*:

- *Negócios jurídicos impessoais* – não dependem de qualquer condição especial dos envolvidos, podendo a prestação ser cumprida tanto pelo obrigado quanto por um terceiro (*v.g.*, compra e venda).
- *Negócios jurídicos personalíssimos ou* intuitu personae – dependentes de uma condição especial de um dos negociante havendo uma obrigação infungível. Exemplo: contratação de um pintor com arte única para fazer um quadro.

VII) *Quanto à sua causa determinante*:

- *Negócios jurídicos causais ou materiais* – o motivo consta expressamente do seu conteúdo como ocorre, por exemplo, em um termo de divórcio.
- *Negócios jurídicos abstratos ou formais* – aqueles cuja razão não se encontra inserida no conteúdo, decorrendo dele *naturalmente*. Exemplo: termo de transmissão de propriedade.

VIII) *Quanto ao momento de aperfeiçoamento*:

- *Negócios jurídicos consensuais* – geram efeitos a partir do momento em que há o acordo de vontades entre as partes, como ocorre na compra e venda pura (art. 482 do CC).
- *Negócios jurídicos reais* – são aqueles que geram efeitos a partir da entrega do objeto, do bem jurídico tutelado. Exemplos: comodato e mútuo, que são contratos de empréstimo.

IX) *Quanto à extensão dos efeitos*:

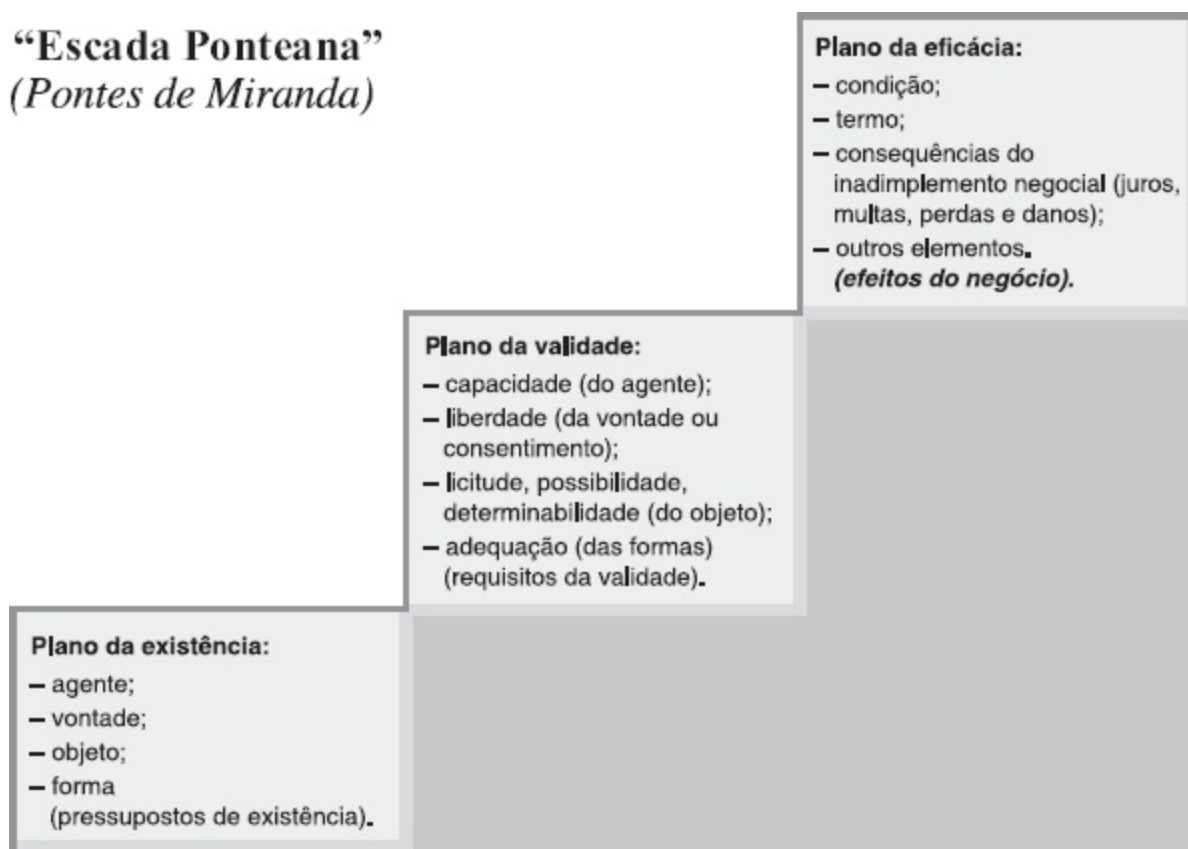
- *Negócios jurídicos constitutivos* – geram efeitos *ex nunc*, a partir da sua conclusão, pois constituem positiva ou negativamente determinados direitos. Exemplo: compra e venda.

- *Negócios jurídicos declarativos* – geram efeitos *ex tunc*, a partir do momento do fato que constitui o seu objeto. Exemplo: partilha de bens no inventário.

2.5.3 Elementos estruturais do negócio jurídico. A *Escada Ponteana*

O estudo dos elementos essenciais, naturais e acidentais do negócio jurídico é um dos pontos mais importantes e controvertidos da Parte Geral do Código Civil. É fundamental estudar a concepção desses elementos a partir da teoria criada pelo grande jurista Pontes de Miranda, que concebeu uma estrutura única para explicar tais elementos.[111] Trata-se do que se denomina *Escada Ponteana ou* "*Escada Pontiana*". É importante ressaltar que os nossos estudos quanto ao tema surgiram a partir dos ensinamentos transmitidos pela Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Titular em Direito Civil da Faculdade de Direito da USP e orientadora de doutorado deste autor. A partir dessa genial construção, o negócio jurídico tem três planos, a seguir demonstrados:

– *plano da existência*;
– *plano da validade*;
– *plano da eficácia*.

Sobre os três planos, ensina Pontes de Miranda que "existir, valer e ser eficaz são conceitos tão inconfundíveis que o fato jurídico pode ser, valer e não ser eficaz, ou ser, não valer e ser eficaz. As próprias normas jurídicas podem ser, valer e não ter eficácia (H. Kelsen, *Hauptprobleme*, 14). O que se não pode dar é valer e ser eficaz, ou valer, ou ser eficaz, *sem ser*; porque não há validade, ou eficácia do que não é".[112] Dessa forma, a *Escada Ponteana* pode ser concebida conforme o desenho a seguir:

Na esteira das palavras de Pontes de Miranda, o esquema é perfeitamente lógico, eis que, em regra, para que se verifiquem os elementos da validade, é preciso que o negócio seja existente. Para que o negócio seja eficaz, deve ser existente e válido.

Entretanto, nem sempre isso ocorre. Isso porque é perfeitamente possível que o negócio seja existente, inválido e eficaz, caso de um negócio jurídico anulável que esteja gerando efeitos. Ilustrando, pode ser citado o casamento anulável celebrado de boa-fé, que gera efeitos como *casamento putativo* (art. 1.561 do CC).

Mencione-se ainda um contrato acometido pela lesão (art. 157 do CC), vício do negócio jurídico que gera a sua anulabilidade, antes da propositura da ação anulatória. Nesse caso, se a ação não for proposta no prazo decadencial previsto em lei, o negócio será *convalidado*. Pela *convalidação, o negócio inválido passa a ser válido*. A *convalidação* pode se dar pela *conversão do negócio jurídico*, pela *confirmação pelas partes* ou pelo *convalescimento temporal* (*cura pelo tempo*). As categorias ainda serão abordadas.

Também é possível que o negócio seja existente, válido e ineficaz, como é o caso de um contrato celebrado sob condição suspensiva e que não esteja ainda gerando efeitos jurídicos e práticos.

Feitos esses esclarecimentos iniciais, vejamos o estudo de cada um dos planos do negócio jurídico.

2.5.3.1 *Plano da existência*

No plano da existência estão os pressupostos para um negócio jurídico, ou seja, os seus *elementos mínimos*, enquadrados por alguns autores dentro dos *elementos essenciais* do negócio jurídico. Constituem, portanto, o *suporte fático do negócio jurídico (pressupostos de existência)*.

Nesse plano surgem apenas *substantivos*, sem qualquer qualificação, ou seja, *substantivos sem adjetivos*. Esses substantivos são:

- *Partes (ou agentes);*
- *Vontade;*
- *Objeto*;
- *Forma*.

Não havendo algum desses elementos, o negócio jurídico é inexistente ("*um nada para o direito*"), conforme defendem aqueles que seguem à risca a teoria de Pontes de Miranda.

Fundamental notar que o Código Civil de 2002, a exemplo do seu antecessor, não adotou de forma o plano da existência. Como se sabe, não existem regras a respeito da *inexistência do negócio jurídico*. Ademais, o art. 104 do CC/2002 trata diretamente do plano da validade. Por isso, tinha razão Sílvio Rodrigues quando afirmava que a teoria da inexistência seria inexata, inútil e inconveniente. Inexata, pois, muitas vezes, o ato inexistente cria algo cujos efeitos devem ser afastados por uma ação judicial. Inútil, porque a noção de nulidade absoluta pode substituir a ideia de inexistência muito bem. Inconveniente, uma vez que, sendo considerada desnecessária uma ação judicial para afastar os efeitos do negócio inexistente, o direito à prestação jurisdicional está sendo afastado, principalmente no que concerne às pessoas de boa-fé.[113] Em complemento, conforme afirmação de Rubens Limongi França, "a divisão bipartida distingue apenas os atos nulos dos atos anuláveis. Os atos inexistentes se incluem entre os atos nulos".[114]

Todavia, cumpre salientar que a maioria dos civilistas adota a *teoria da inexistência do ato ou negócio jurídico* em suas obras e manuais, caso, por exemplo, de Caio Mário da Silva Pereira, Marcos Bernardes de Mello, Renan Lotufo, Antônio Junqueira de Azevedo, Sílvio de Salvo Venosa, Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho, Francisco Amaral, Zeno Veloso, José Fernando Simão, entre outros.

Como se extrai dos clássicos, a *teoria da inexistência do negócio jurídico* surgiu em 1808 pelo trabalho de Zacarias (ou Zachariae), para solucionar o problema do casamento entre pessoas do mesmo sexo, eis que não havia previsão no Código Francês a respeito da sua nulidade.[115] Pontue-se que há forte tendência de conhecimento de tais casamentos como entidades familiares, o que esvazia o histórico exemplo. O tema está aprofundado no Capítulo 8 desta obra.

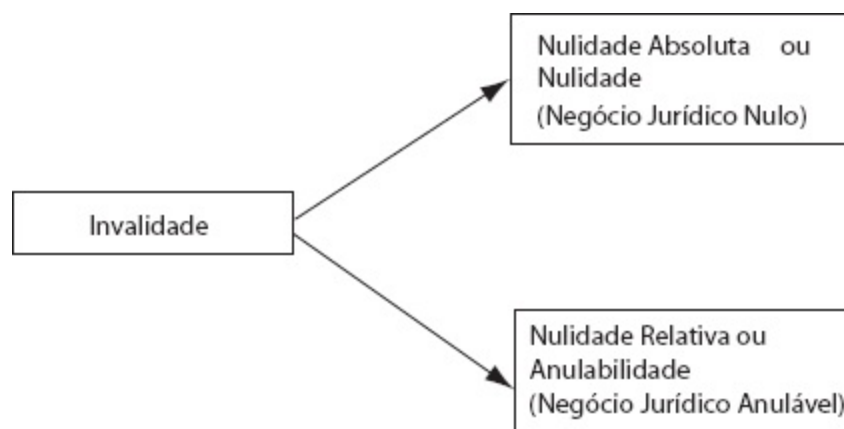
Sintetizando, e com intuito didático, pode-se até afirmar que *o plano da existência está embutido no da validade*. Todavia, a este autor parece ser melhor resolver as questões com a invalidade, ou seja, com teoria das nulidades.

2.5.3.2 *Plano da validade*

No segundo plano, o da *validade*, os substantivos recebem adjetivos, nos termos do art. 104 do CC/2002, a saber:

- *Partes ou agentes capazes;*
- *Vontade livre, sem vícios;*
- *Objeto lícito, possível, determinado ou determinável;*
- *Forma prescrita ou não defesa em lei.*

Esses elementos de validade constam expressamente do art. 104 do CC, cuja redação segue: "A validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei". Não faz parte do dispositivo menção a respeito da *vontade livre*, mas é certo que tal elemento está inserido seja dentro da capacidade do agente, seja na licitude do objeto do negócio.

Pois bem, o negócio jurídico que não se enquadra nesses elementos de validade é, por regra, nulo de pleno direito, ou seja, haverá nulidade absoluta ou nulidade. Eventualmente, o negócio pode ser também anulável (nulidade relativa ou anulabilidade), como no caso daquele celebrado por relativamente incapaz ou acometido por vício do consentimento. As hipóteses gerais de nulidade do negócio jurídico estão previstas nos arts. 166 e 167 do CC. As hipóteses gerais de anulabilidade constam do art. 171 da atual codificação. O esquema a seguir demonstra tais espécies de invalidade:

Insta verificar que a invalidade pode ser *total* – quando atinge todo o negócio jurídico ou *parcial* – quando atinge parte do negócio jurídico. Ambas podem ser absolutas ou relativas. A

respeito da invalidade parcial, é fundamental a regra do art. 184 do CC/2002 pelo qual respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável. Ademais, a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal. Trata-se de consolidação da antiga máxima pela qual a parte útil de um negócio não prejudica a parte inútil (*utile per inutile non vitiatur*), que tem relação direta com o *princípio da conservação dos negócios jurídicos*.

Exemplificando, imagine-se o caso de um contrato cuja cláusula penal seja nula. A nulidade da cláusula penal (invalidade parcial), não prejudica a essência do contrato, em regra, diante do seu nítido caráter acessório. Ainda ilustrando, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que "Nos termos do art. 184, segunda parte, do CC/2002, 'a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal'. Portanto, eventual abusividade de determinadas cláusulas acessórias do contrato não tem relevância para o deslinde desta ação. Ainda que, em tese, transgridam os princípios da boa-fé objetiva, da probidade e da função social do contrato ou imponham ônus excessivo ao recorrido, tais abusos não teriam o condão de contaminar de maneira irremediável o contrato, de sorte a resolvê-lo. Recurso Especial conhecido e provido" (STJ, REsp 783.404/GO, 3.ª Turma, Rel.ª Min. Fátima Nancy Andrighi, j. 28.06.2007, *DJU* 13.08.2007, p. 364).

Feito esse esclarecimento categórico, vejamos o estudo pontual dos requisitos de validade, que constituem *elementos essenciais do negócio jurídico*.

a) *Partes capazes ou capacidade do agente*

Como todo negócio jurídico traz como conteúdo uma declaração de vontade – o elemento volitivo que caracteriza o *ato jurígeno* –, a capacidade das partes é indispensável para a sua validade. Quanto à pessoa física ou natural, aqui figura a grande importância dos arts. 3.º e 4.º do CC, que apresentam as relações das pessoas absoluta ou relativamente incapazes, respectivamente.

Enquanto os absolutamente incapazes devem ser representados por seus pais, tutores e curadores; os relativamente incapazes devem ser assistidos pelas pessoas que a lei determinar. Todavia, pode o relativamente incapaz celebrar determinados negócios, como fazer testamento, aceitar mandato *ad negotia* e ser testemunha. O negócio praticado pelo absolutamente incapaz sem a devida representação é nulo, por regra (art. 166, I, do CC). O realizado por relativamente incapaz sem a correspondente assistência é anulável (art. 171, I, do CC).

No tocante à incapacidade relativa de uma parte, enuncia o art. 105 do CC que esta não pode ser invocada pela outra em benefício próprio, também não aproveitando aos cointeressados capazes, salvo se, neste caso, foi indivisível o objeto do direito ou da obrigação comum a todos. Desse modo, não poderão os credores ou os devedores solidários ser privilegiados por suas alegações. Isso porque, como se sabe, a alegação de incapacidade constitui uma *exceção pessoal*, uma defesa que

somente pode ser alegada por determinada pessoa.

No que toca às pessoas jurídicas, essas devem ser representadas ativa e passivamente, na esfera judicial ou não, por seus órgãos, constituídos conforme as formalidades previstas em lei, outrora estudadas.

Por fim, além dessa capacidade geral, para determinados negócios, exige-se a *capacidade especial para certos atos*, denominada *legitimação*. Como exemplo, cite-se o caso de uma pessoa maior e casada que é plenamente capaz, podendo dispor sobre seus bens imóveis sem representação. Mas ela não poderá vender um imóvel sem a outorga de seu cônjuge ou o suprimento judicial deste, salvo se casado sob o regime de separação absoluta de bens (arts. 1.647 e 1.648 do CC). A pena para o ato assim celebrado é a sua anulabilidade conforme o art. 1.649 da mesma norma codificada, desde que proposta ação pelo outro cônjuge ou pelo seu herdeiro no prazo decadencial de dois anos, contados da dissolução da sociedade conjugal.

b) Vontade ou consentimento livre

A manifestação de vontade exerce papel importante no negócio jurídico, sendo seu elemento basilar e orientador. Vale dizer que a vontade é que diferencia o negócio, enquadrado dentro dos fatos humanos, fatos jurígenos e atos jurídicos, dos fatos naturais ou *stricto sensu*.

O consentimento pode ser *expresso* – escrito ou verbal, no primeiro caso de forma pública ou particular –, ou *tácito* – quando resulta de um comportamento implícito do negociante, que importe em concordância ou anuência. Nesse sentido, preconiza o art. 111 do CC que o silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa. Desse modo, por regra, *quem cala não consente*, eis que, para que seja válida a vontade tácita, devem estar preenchidos os requisitos apontados. De toda sorte, conforme se verá, há exceções especiais a essa regra.

Também a respeito da vontade ou consentimento, os arts. 112, 113 e 114 trazem três regras fundamentais quanto à interpretação dos contratos e negócios jurídicos em geral, que merecem ser comentadas.

Pelo primeiro comando legal – art. 112 do CC –, nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção das partes do que ao sentido literal da linguagem. Desse modo, o aplicador do direito deve sempre buscar o que as partes queriam de fato, quando celebraram o negócio, até desprezando, em certos casos, o teor do instrumento negocial. Esse art. 112 do CC relativiza a força obrigatória das convenções, o *pacta sunt servanda*. Traz ainda, em seu conteúdo, *a teoria subjetiva de interpretação* dos contratos e negócios jurídicos, em que há a busca da real intenção das partes no negócio celebrado. No que concerne à importância dessa valorização subjetiva, para ilustrar, é interessante transcrever a seguinte ementa do extinto Segundo Tribunal de Alçada Civil de São

Paulo:

> "Locação. Espaço destinado à publicidade. Reparação de danos. Parede lateral de edifício. Publicidade pintada. Substituição por painel luminoso. Interpretação do contrato. Inadmissibilidade. Na hermenêutica tradicional existem dois tipos de interpretação dos contratos: a subjetiva e a objetiva. Por primeiro deve o intérprete procurar esclarecer a vontade real (subjetiva) dos contratantes, ou seja, a intenção comum das partes. Restando dúvidas, ou, para ajudar na investigação, deve-se proceder ao exame concomitante da vontade objetivada no conteúdo do vínculo contratual (objetiva). O importante na busca da intenção comum das partes é o exame e valoração dos respectivos comportamentos durante a denominada fase de execução do contrato, período delimitado entre sua formação e extinção" (2.º TACSP, Apelação com Revisão 807.399-00/0, 11.ª Câmara, Rel. Juiz Egidio Giacoia, j. 17.11.2003).

Ainda no que toca ao art. 112 do CC, é interessante expor o exemplo construído por Karl Larenz, que demonstra muito bem as dificuldades em se buscar o sentido real do que foi pactuado. Expõe o jurista a situação de alguém que comunica a um hotel a necessidade de reserva de *dois quartos com três camas*. O objetivo do declarante é reservar um quarto com duas camas e outro quarto com uma cama tão somente. Porém, o atendente do hotel acaba por reservar dois quartos com três camas cada um. Como o hotel está lotado, ao chegar, o hóspede é cobrado da última forma.[116] Quem deve ter razão? A situação pode ser perfeitamente aplicada aos estudantes do Direito, para que as mais diversas soluções sejam expostas. Fica, então, o caso em aberto, para as devidas aplicações pelos docentes.

Vale dizer que o presente autor passou por situação semelhante no seu cotidiano. Certo dia, em uma barraca de pastel da famosa feira livre da Vila Mariana, em São Paulo, fiz o seguinte pedido: "três queijos, para viagem". A atendente, inexperiente, entregou um pastel de três queijos, quando o certo seria vender três pastéis de queijo. A própria gerente da barraca corrigiu o equívoco, uma vez que o pedido de três pastéis é mais comum, inclusive pelas vendas habituais realizadas a este autor.

O art. 113 do CC/2002 consagra que os negócios jurídicos, e logicamente os contratos, devem ser interpretados de acordo com a boa-fé objetiva e os usos do lugar de sua celebração. Conforme enunciado aprovado na *V Jornada de Direito Civil*, ao qual se filia, deve-se incluir no sentido da norma as práticas habitualmente adotadas entre as partes (Enunciado n. 409). Diante do enunciado doutrinário, pode-se falar em *usos do tráfego*, que, segundo Larenz, constituem uma prática habitual nos negócios, um costume corriqueiro na constância das relações entre as partes. Nesse contexto, são fatos que devem ser considerados, segundo o jurista: *a)* os acordos preliminares; *b)* o caráter habitual das relações mantidas entre as partes; *c)* as manifestações anteriores do declarante e do destinatário; *d)* o lugar, o tempo e as circunstâncias anexas aos fatos.[117]

Esse comando traz, ao mesmo tempo, os princípios da eticidade e da socialidade. O primeiro está no reconhecimento da interpretação mais favorável àquele que tenha uma conduta ética de colaboração e de lealdade (*boa-fé objetiva*). O segundo, pela interpretação do negócio de acordo com o meio social, dentro da ideia da *ontognoseologia jurídica* de Reale, reconhecendo a função

social dos negócios e contratos. Valoriza-se, portanto, conforme a ementa transcrita, a *teoria objetiva da interpretação dos contratos e negócios jurídicos*.

Alguns juristas, contudo, entendem que o dispositivo em comento traz a boa-fé subjetiva, aquela relacionada com a intenção das partes.[118] Discorda-se desse posicionamento, pois a boa-fé-intenção está inserida no comando legal antes comentado (art. 112 do CC). O art. 113 do CC traz, na verdade, a *função de interpretação da boa-fé objetiva*.

Assinala-se que os negócios jurídicos em geral, principalmente os contratos, devem ser interpretados da maneira mais favorável àquele que esteja de boa-fé. Em alguns casos, a lei acaba presumindo de forma relativa essa boa-fé objetiva, guiando a interpretação do magistrado. Podem ser citados os casos de interpretação mais favorável ao aderente (art. 423 do CC) e ao consumidor (art. 47 do CDC).

Em suma, percebe-se que tinha total razão o saudoso Miguel Reale quando afirmava que o art. 113 do CC/2002 seria um *artigo-chave* do Código de 2002.[119] Em conclusão, o dispositivo traz a *função interpretativa* tanto da boa-fé objetiva quanto da função social. Na jurisprudência brasileira, inúmeros são os julgados de aplicação da boa-fé objetiva e da função social em uma *relação de simbiose*, de ajuda mútua, para a mitigação da força obrigatória da convenção (Ilustrando, entre milhares de ementas: TJMG, Apelação Cível 1.0024.08.255985-7/0011, Belo Horizonte, 15.ª Câmara Cível, Rel. Des. Tibúrcio Marques, j. 12.02.2009, *DJEMG* 18.03.2009; TJSP, Agravo de Instrumento 605.520.4/9, Acórdão 3383957, São Paulo, 4.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 13.11.2008 *DJESP* 23.01.2009).

Ato contínuo de análise, aduz o art. 114 da atual codificação que os negócios jurídicos benéficos interpretam-se estritamente. Desse modo, em contratos gratuitos como são a doação e o comodato, à vontade das partes nunca pode se dar um efeito ampliativo, sempre restritivo. Especializando o seu teor, prevê o art. 819 do CC que a fiança não admite interpretação extensiva. Como é notório, a fiança é um típico contrato de garantia gratuita, em regra.

Pois bem, sendo o consentimento inexistente, o negócio jurídico existirá apenas na aparência, mas não para o mundo jurídico, sendo passível de declaração de inexistência ou de nulidade absoluta. Entre os que entendem pela nulidade, estão aqueles que não são adeptos da *teoria da inexistência do negócio jurídico*, caso deste autor, pelo simples fato de o Código Civil somente tratar da nulidade absoluta e da relativa.

Não sendo a vontade livre, por apresentar um vício do consentimento – tema a ser abordado – o negócio será tido como anulável, em regra. A matéria ainda será estudada no presente capítulo.

c) Objeto lícito, possível, determinado ou determinável

Somente será considerado válido o negócio jurídico que tenha como conteúdo um objeto lícito,

nos limites impostos pela lei, não sendo contrário aos bons costumes, à ordem pública, à boa-fé e à sua função social ou econômica de um instituto. Como se sabe, ilícito o objeto, nulo será o negócio jurídico (art. 166, II, do CC). Eventualmente, pode estar caracterizado no negócio jurídico o abuso de direito, justamente pelo desrespeito aos conceitos que constam do art. 187 da atual codificação, o que por si só, constitui justificativa para a declaração de nulidade, combinando-se os dois dispositivos legais transcritos.

Além disso, o objeto deve ser possível no plano fático. Se o negócio implicar em prestações impossíveis, também deverá ser declarado nulo. Tal impossibilidade pode ser física ou jurídica. A impossibilidade física está presente quando o objeto não pode ser apropriado por alguém ou quando a prestação não puder ser cumprida por alguma razão. Por outra via, a impossibilidade jurídica está presente quando a lei vedar o seu conteúdo.

Segundo o art. 106 do CC, a impossibilidade inicial do objeto não gera a nulidade do negócio se for relativa, ou se cessar antes de realizada a condição a que ele estiver subordinado. Em suma, somente a impossibilidade absoluta é que tem o condão de nulificar o negócio. Se o negócio ainda puder ser cumprido ou executado, não há que se falar em invalidade. O comando legal traz em seu conteúdo o *princípio da conservação negocial ou contratual*, segundo o qual se deve sempre buscar a manutenção da vontade dos envolvidos, a preservação da autonomia privada. A ideia mantém relação direta com o princípio da função social do contrato, segundo o Enunciado n. 22 do CJF/STJ, aprovado na *I Jornada de Direito Civil, cuja redação merece destaque: "a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas"*.

A título de exemplo de incidência do art. 106 do CC, cite-se a hipótese de um negócio envolvendo uma companhia que ainda será constituída por uma das partes envolvidas. Ou, ainda, como quer Álvaro Villaça Azevedo, a ilustração da venda de um automóvel que não pode ser fabricado em um primeiro momento, diante de uma greve dos metalúrgicos; surgindo a possibilidade posterior do objeto negocial pela cessação do movimento de paralisação.[120]

O objeto do negócio deve ser determinado ou, pelo menos, determinável. O Código Civil de 2002 reconhece falha da codificação anterior, afastando o rigor da certeza quanto ao objeto. Pertinente apontar que, na obrigação de dar coisa incerta, o objeto é ainda pendente de determinação (arts. 243 e 244 do CC), que se dá pela escolha, também denominada *concentração*. Mesmo assim, não há que se falar em invalidade do negócio por indeterminação do objeto, sendo este um exemplo de incidência da regra constante do art. 106 do CC.

Nas típicas situações de negócios jurídicos de alienação de coisa, caso dos contratos de compra e venda e de doação, o objeto deve ser ainda consumível do ponto de vista jurídico (segunda parte do art. 86 do CC – *consuntibilidade jurídica*). Em outras palavras, o objeto deve ser alienável, ao passo que a venda ou a doação de bem inalienável é nula, por ilicitude do objeto ou fraude à lei (art.

166, II e VI, do CC).

Por fim, saliente-se que é melhor utilizar a expressão *bem inalienável* do que a clássica *coisa fora do comércio*, de outrora – *res extra commercium* – do Direito Romano. Como é notório, há muito tempo superou-se a *fase dos atos do comércio* do Direito Comercial. Muito ao contrário, vivemos a fase do Direito Empresarial.

d) Forma prescrita ou não defesa em lei

Inicialmente, para fins didáticos, forçoso lembrar que a expressão "*não defesa*" significa "*não proibida*". Muitas vezes, percebe-se certa dificuldade em sua compreensão e alcance. Clóvis Beviláqua conceituava a forma como "o conjuncto de solemnidades, que se devem observar, para que a declaração da vontade tenha efficacia juridica. É o revestimento juridico, a exteriorizar a declaração de vontade. Esta é a substancia do acto, que a fórma revela".[121] Como regra, a validade da declaração de vontade não depende de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir. Desse modo, os negócios jurídicos, em regra, são informais, conforme consagra o art. 107 do CC, que consagra o *princípio da liberdade das formas*.

Entretanto, em casos especiais, visando conferir maior certeza e segurança nas relações jurídicas, a lei prevê a necessidade de formalidades, relacionadas com a manifestação da vontade. Nessas situações, o negócio não admitirá forma livre, sendo conceituado como *negócio formal*. É fundamental aqui diferenciar *formalidade* de *solenidade*, conforme faz uma parte da doutrina. *Solenidade* significa a necessidade de ato público (escritura pública), enquanto *formalidade* constitui a exigência de qualquer forma apontada pela lei, como, por exemplo, a de forma escrita. Assim, pode-se dizer que *a forma é gênero; a solenidade é espécie*.

Essa diferenciação entre as categorias é importante quando se estuda, por exemplo, a classificação dos contratos. Com tom didático, vale aqui transcrever as palavras de Sílvio de Salvo Venosa: "O contrato solene entre nós é aquele que exige escritura pública. Outros contratos exigem forma escrita, o que os torna formais, mas não solenes. No contrato solene, a ausência de forma torna-o nulo. Nem sempre ocorrerá a nulidade, e a relação jurídica gerará efeitos entre as partes, quando se trata de preterição de formalidade, em contrato não solene".[122]

Em termos práticos, a diferenciação é pouco relevante. Isso porque, havendo desrespeito à forma ou sendo preterida alguma solenidade prevista para o negócio, esse será nulo (art. 166, IV e V, do CC).

Ressalte-se o que dispõe o art. 109 do CC, segundo o qual "No negócio jurídico celebrado com a cláusula de não valer sem instrumento público, este é da substância do ato". Portanto, podem as partes, por ato de vontade e visando à segurança, prever que o negócio deva atender a solenidades. A imposição do negócio solene pode ser, portanto, convencional entre as partes. A escritura pública é

lavrada no Tabelionato de Notas de qualquer localidade do país, estando no plano da validade dos negócios jurídicos (segundo degrau da *Escada Ponteana*).

As formalidades ou solenidades previstas em lei também têm por finalidade garantir a autenticidade do negócio, para, eventualmente, facilitar sua prova, bem como garantir que a autonomia privada seja preservada, objetivando sempre a certeza e a segurança jurídica.

Cumpre ainda comentar o importante art. 108 do CC. Prescreve esse dispositivo que a escritura pública somente será exigida para negócios jurídicos que visam a constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis, com valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no país. Em relação ao seu conteúdo, na *IV Jornada de Direito Civil*, foi aprovado o Enunciado n. 289 do CJF/STJ, prevendo que "O valor de 30 salários mínimos constante do art. 108 do Código Civil brasileiro, em referência à forma pública ou particular dos negócios jurídicos que envolvam bens imóveis, é o atribuído pelas partes contratantes e não qualquer outro valor arbitrado pela Administração Pública com finalidade tributária". Valoriza-se a autonomia privada, o que foi pactuado pelas partes. De qualquer forma, o enunciado pode abrir brecha para preços simulados, que não são reais. Em havendo simulação, o negócio pode ser declarado nulo, nos termos do art. 167 do Código Civil.

O art. 108 do CC/2002 tem relação direta com o princípio da função social dos contratos. Isso porque presumiu o legislador que uma pessoa que compra um imóvel com valor de até trinta salários-mínimos não tem condições econômico-financeiras de pagar as despesas de escritura, estando dispensada de tal encargo. Não há função social maior do que esta, diante da proteção das classes desfavorecidas, aflorando o *Direito Civil dos Pobres*, conforme a notória construção de Antonio Menger.[123]

Pela relação com a função social dos contratos, por envolver matéria de ordem pública (art. 2.035, parágrafo único, do CC), não há no dispositivo legal qualquer inconstitucionalidade, por suposta lesão ao art. 7.º, IV, do Texto Maior, que veda que o salário mínimo seja utilizado para outros fins que não sejam de remuneração dos trabalhadores. Para rebater qualquer alegação de inconstitucionalidade, destaque-se que *a função social dos contratos está amparada na cláusula pétrea da função social da propriedade*, constante do art. 5.º, XXII e XXIII, do Texto Maior. Ademais, analisando o fim social da norma constitucional, não há qualquer prejuízo aos trabalhadores em se fixar o salário mínimo como parâmetro para a escritura pública.

A encerrar, e por cautela, nunca é demais lembrar que não se pode confundir a escritura pública com o registro. A primeira representa o próprio contrato de compra e venda, que pode ser celebrado em qualquer Tabelionato de Notas do País, não importando o local do imóvel. Já o registro gera a aquisição da propriedade imóvel, devendo ocorrer, necessariamente, no Cartório de Registro de Imóveis do local em que o bem estiver situado. Além disso, a escritura pública, sendo forma, está no plano da validade do negócio jurídico; o registro imobiliário está no plano de sua eficácia. Os

degraus da *Escada Ponteana* são distintos.

2.5.3.3 *Plano da eficácia*

Por fim, no plano da *eficácia* estão os elementos relacionados com a suspensão e resolução de direitos e deveres das partes envolvidas. De outra forma, pode-se dizer que nesse último plano, ou *último degrau da escada*, estão os efeitos gerados pelo negócio em relação às partes e em relação a terceiros, ou seja, as suas consequências jurídicas e práticas. São elementos de eficácia os seguintes:

– Condição (evento futuro e incerto).
– Termo (evento futuro e certo).
– Encargo ou Modo (ônus introduzido em ato de liberalidade).
– Regras relativas ao inadimplemento do negócio jurídico (resolução). Juros, cláusula penal (multa) e perdas e danos.
– Direito à extinção do negócio jurídico (resilição).
– Regime de bens do negócio jurídico casamento.
– Registro Imobiliário.

De forma didática, pode-se dizer que os elementos que não estão no plano da existência e da validade estão no da eficácia, mormente aqueles relativos às decorrências concretas do negócio jurídico.

2.5.3.4 *A Escada Ponteana e o direito intertemporal. Análise do art. 2.035*, caput, *d CC. Exemplos práticos*

Para findar o estudo da *visão triplanar* do negócio jurídico, é fundamental a análise do art. 2.035, *caput*, do Código Civil de 2002, dispositivo de direito intertemporal que resolve uma série de problemas relativos ao negócio jurídico. Anote-se que o direito intertemporal é o ramo da ciência jurídica que visa resolver os conflitos da lei no tempo, principalmente diante do surgimento de uma nova norma. É a redação desse importante comando legal:

> "Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução."

A redação desse dispositivo nos traz duas constatações importantes.

A primeira é que o comando não adota expressamente o plano da existência, eis que o artigo já começa tratando da *validade dos negócios e demais atos jurídicos*. Em verdade, para os devidos

fins, deve-se entender que o plano da existência está subentendido no da validade.

A segunda constatação é de que em relação à *validade* dos negócios jurídicos deve ser aplicada a norma do *momento* da sua constituição ou celebração. Prevê o comando legal que se o negócio for celebrado na vigência do Código Civil de 1916, quanto à sua validade, devem ser aplicadas as regras que constavam na codificação anterior. Isso, no que concerne à capacidade das partes, à legitimação, à vontade livre, à licitude do objeto e à forma prescrita em lei.

Por outra via, no que concerne ao *plano da eficácia*, devem ser aplicadas as normas incidentes no *momento da produção de seus efeitos* ("mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam"). Assim, relativamente à condição, ao termo, aos juros, às multas (e outras penalidades), às perdas e danos, à rescisão contratual e ao regime de bens de casamento, deve ser aplicada a norma atual, no caso, o Código Civil 2002.

Pois bem, vejamos algumas exemplificações concretas de aplicação de tais premissas.

De início, imagine-se um caso em que foi celebrado um contrato na vigência do Código Civil de 1916 (até 10 de janeiro de 2003). O contrato traz uma multa exagerada, desproporcional, estando presente a *onerosidade excessiva*, a desproporção no negócio jurídico no que toca à cláusula penal. O descumprimento do negócio ocorreu na vigência do Código Civil de 2002 (a partir de 11 de janeiro de 2003, segundo a maioria da doutrina e da jurisprudência). Pergunta-se: é possível aplicar o art. 413 do atual Código Civil, que consagra o dever do magistrado reduzir a cláusula penal que for exagerada, a fim de evitar a onerosidade excessiva? Lembrando que essa redução equitativa em caso de desproporção constitui parcial novidade, é de se responder positivamente. Isso porque o inadimplemento ocorreu na vigência da nova lei, estando a multa no plano da eficácia, o que justifica a aplicação da atual legislação.

Vale aqui citar a sentença proferida pela 13.ª Vara Cível do Foro Central da Capital de São Paulo, no caso envolvendo o apresentador Boris Casoy e a Rede Record. Diante do descumprimento do contrato por parte da emissora, o apresentador resolveu cobrar a multa compensatória prevista no contrato, de cerca de 27 milhões de reais. Aplicando o art. 413 do CC ao contrato, celebrado em 12 de abril de 2002 o magistrado reduziu a cláusula penal para cerca de 6 milhões de reais (Processo 583.00.2006.135945-8, Sentença de 18 de outubro de 2006, Juiz André Gustavo Cividanes Furlan).

Em junho de 2011, a *decisium* foi parcialmente reformada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que aumentou o valor da cláusula penal para 10 milhões de reais, por entender que a multa fixada pela primeira instância era insuficiente. Vejamos a publicação da ementa do acórdão:

> "Indenizatória contrato de prestação de serviços apresentador e editor-chefe de telejornal rescisão imotivada. Multa compensatória estabelecida em cláusula contratual. Montante manifestamente excessivo. Incidência do art. 413 do CC. Redução equitativa do valor da indenização. Critérios a serem observados. Adoção de cálculo aritmético com vista ao tempo faltante de cumprimento do contrato. Insuficiência. Indenização majorada. Recurso dos autores provido para este

fim. Acolhimento de pedido subsidiário formulado na inicial. Reconhecimento da sucumbência recíproca. Apelo da ré provido" (TJSP, Apelação n. 0062432-17.2007.8.26.0000, Acórdão 5211780, São Paulo, 31.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Milton Carvalho, j. 21.06.2011, *DJESP* 28.06.2011).

De qualquer modo, o acórdão mantém a tese de subsunção do art. 413 do Código Civil de 2002 a contrato celebrado na vigência do Código Civil de 1916, conforme aqui sustentado.

Como segundo exemplo de aplicação do art. 2.035 do CC, pode ser citado o teor do Enunciado n. 164 da *III Jornada de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual: "Tendo início a mora do devedor ainda na vigência do Código Civil de 1916, são devidos juros de mora de 6% ao ano até 10 de janeiro de 2003; a partir de 11 de janeiro de 2003 (data da entrada em vigor do novo Código Civil), passa a incidir o art. 406 do CC/2002". Como se sabe, os juros estão no plano da eficácia de uma obrigação ou de um contrato. Sendo assim, devem ser aplicadas as normas do momento da eficácia do negócio jurídico. É justamente isso que ordena o enunciado, com o qual é de se concordar integralmente. Vários julgados do STJ vêm aplicando o teor desse enunciado (nesse sentido, ver, por todos: STJ, AgRg no Ag 714.587/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3.ª Turma, j. 11.03.2008, *DJ* 01.04.2008, p. 1).

Outra ilustração envolve a necessidade da outorga conjugal. Como se sabe, o art. 1.647 do atual Código Civil exige a outorga uxória (da esposa) e marital (do marido) para a prática de alguns atos e negócios, salvo se o regime entre eles for o da separação absoluta. A exigência abrange a venda de imóvel, as doações e a prestação de fiança, dentre outros atos. A falta dessa outorga, não suprida pelo juiz, gera a anulabilidade do ato praticado (nulidade relativa), conforme prevê o art. 1.649 do CC/2002. Pois bem, o Código Civil de 1916 previa, nos seus arts. 235, 242 e 252, que os atos assim celebrados, sem a outorga, seriam nulos (nulidade absoluta). No entanto, e se a compra e venda de imóvel foi celebrada na vigência do CC/1916 por um dos cônjuges, sem a outorga do outro? Esse negócio é nulo ou anulável? O negócio será nulo, pois se aplica a norma do momento da celebração. Consigne-se que a outorga conjugal é hipótese de legitimação, uma espécie de capacidade, que está no plano da validade. O negócio é nulo mesmo que a ação tenha sido proposta na vigência do Código Civil de 2002 (após 11 de janeiro de 2003), pois a questão a ser analisada é de natureza material, e não processual.

Também a título de exemplo, é imperioso apontar que a *Escada Ponteana* e o art. 2.035 repercutem no contrato de sociedade, típico do Direito Empresarial. Enuncia o art. 977 do atual Código Civil que: "Faculta-se aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros, desde que não tenham casado no regime da comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória". O dispositivo citado proíbe que cônjuges casados sob os regimes da comunhão universal ou da separação total obrigatória constituam sociedade entre si. Trata-se de regra de capacidade, que está no plano da validade. Assim, o dispositivo somente se aplica às sociedades constituídas após a entrada em vigor do atual Código Civil. No código anterior não havia essa restrição em relação à

capacidade, havendo direito adquirido quanto a não aplicação do comando legal. Portanto, as sociedades anteriores não serão atingidas, pois quanto ao plano da validade deve ser aplicada a norma do momento da constituição do negócio. A tese foi adotada na *III Jornada de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, pelo teor do seu Enunciado n. 204: "A proibição de sociedade entre pessoas casadas sob o regime da comunhão universal ou da separação obrigatória só atinge as sociedades constituídas após a vigência do Código Civil de 2002". No mesmo sentido, é o Parecer jurídico 125/2003, do Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC/COJUR). A jurisprudência tem decidido na mesma linha de raciocínio (nesse sentido, ver: TJSP, Apelação Cível 358.867-5/0, São Paulo, 1.ª Câmara de Direito Público, Data do registro: 26.04.2006, Rel. Des. Renato Nalini, Voto 11.033).

Como última ilustração, agora envolvendo o Direito de Família, destaque-se que o regime de bens de casamento está no plano da eficácia, pois relativo às suas consequências. Sendo assim, é possível alterar regime de bens de casamento celebrado na vigência do Código Civil de 1916, subsumindo a regra do art. 1.639, § 2.º, do CC/2002, que possibilita a *ação de alteração do regime*, mediante pedido motivado de ambos os cônjuges. Esse é o entendimento majoritário da doutrina, consubstanciado no Enunciado n. 260 do CJF/STJ, aprovado na *III Jornada de Direito Civil*, realizada em 2004, nos seguintes termos: "Arts. 1.639, § 2.º, e 2.039: A alteração do regime de bens prevista no § 2.º do art. 1.639 do Código Civil também é permitida nos casamentos realizados na vigência da legislação anterior". No plano jurisprudencial, a tese é adotada pelo Superior Tribunal de Justiça desde o ano de 2005 (nesse sentido, ver: STJ, REsp 730.546/MG, Rel. Min. Jorge Scartezzini, 4.ª Turma, j. 23.08.2005, *DJ* 03.10.2005, p. 279).

Para findar a presente abordagem, deve ficar claro que o art. 2.035, *caput*, do CC tem grande relevância prática para os negócios jurídicos em geral. Que fique claro que este autor é um dos entusiastas do referido comando legal, um dos melhores da atual codificação, não havendo qualquer inconstitucionalidade no comando por lesão à proteção do direito adquirido (art. 5.º, XXXVI, da CF/1988). Muito ao contrário.

2.5.4 Estudo dos elementos acidentais do negócio jurídico. Condição, termo e encargo

Os elementos acidentais do negócio jurídico, conforme leciona Maria Helena Diniz são aqueles "que as partes podem adicionar em seus negócios para modificar uma ou algumas de suas consequências naturais".[124] Os elementos acidentais do negócio jurídico não estão no plano da sua existência ou validade, mas no plano de sua eficácia, sendo a sua presença até dispensável. Entretanto, em alguns casos, que serão estudados, sua presença pode gerar a nulidade do negócio, situando-se no plano da validade. São elementos acidentais do negócio jurídico a *condição*, o *termo*

e o *encargo ou modo*, tratados nominal e especificamente entre os arts. 121 a 137 do CC.

a) Condição

A condição é o elemento acidental do negócio jurídico, que, derivando exclusivamente da vontade das partes, faz o mesmo depender de um evento futuro e incerto (art. 121 do CC). Vicente Ráo conceitua a condição como sendo “a modalidade voluntária dos atos jurídicos que lhes subordina o começo ou o fim dos respectivos efeitos à verificação, ou não verificação, de um evento futuro e incerto”.[125] Destaque-se que na hipótese em que o efeito do negócio estiver subordinado a evento futuro e certo, o elemento será o termo e não a condição.

A condição admite uma série de classificações, a partir das quais é possível estudar os seus efeitos. Vejamos.

I) *Classificação quanto à sua licitude*:

- *Condições lícitas* – são aquelas que estão de acordo com o ordenamento jurídico, nos termos do art. 122 do CC, por não contrariarem a lei, a ordem pública ou os bons costumes. Sendo assim, não geram qualquer consequência de invalidade do negócio jurídico. Exemplo: venda dependente de uma aprovação do comprador (venda a contento ou *ad gustum*).
- *Condições ilícitas* – são aquelas que contrariam a lei, a ordem pública ou os bons costumes; gerando a nulidade do negó jurídico a ela relacionado. Exemplo: venda dependente de um crime a ser praticado pelo comprador.

II) *Quanto à possibilidade*:

- *Condições possíveis* – são aquelas que podem ser cumpridas, física e juridicamente, não influindo na validade do negóci Exemplo: venda subordinada a uma viagem do comprador à Europa.
- *Condições impossíveis* – são aquelas que não podem ser cumpridas, por uma razão natural ou jurídica, influindo na validade do ato e gerando a sua nulidade absoluta, nos termos do que prevê a lei. Quando são suspensivas geram a nulidade absoluta do negócio jurídico (art. 123, I, do CC). Exemplo: venda subordinada a uma viagem do comprador ao planeta Marte.

III) *Quanto à origem da condição*:

- *Condições causais ou casuais* – são aquelas que têm origem em eventos naturais, em fatos jurídicos *stricto sensu*. Exemplo: alguém se compromete a vender um bem a outrem caso chova.
- *Condições potestativas* – são aquelas que dependem do elemento volitivo, da vontade humana, sendo pertinente a segui subclassificação: – *Condições simplesmente ou meramente potestativas* – dependem das vontades intercaladas de duas pessoas, sendo totalmente lícitas. Exemplo: alguém institui uma liberalidade a favor de outrem, dependente de um desempenho artístico (cantar em um espetáculo). – *Condições puramente potestativas* – dependem de uma vontade unilateral, sujeitando-se ao puro arbítrio de uma das partes (art. 122 do CC, parte final). São ilícitas, segundo esse mesmo dispositivo. Exemplo: *dou-lhe um veículo, se eu quiser*. Maria Helena Diniz aponta ainda a *condição promíscua*, como sendo aquela “que se caracteriza no momento inicial como potestativa, vindo a perder tal característica por fato superveniente, alheio à vontade do agente, que venha a dificultar sua realização. Por exemplo, ‘dar-lhe-ei um carro se você, campeão de futebol, jogar no próximo torneio’. Essa condição potestativa passará a ser promíscua se o jogador vier a se machucar”.[126]
- *Condições mistas* – são aquelas que dependem, ao mesmo tempo, de um ato volitivo, somado a um evento natural. Exemplo: *dou-lhe um veículo se você cantar amanhã, desde que esteja chovendo durante o espetáculo*.

IV) *Quanto aos efeitos da condição*:

- *Condições suspensivas* – são aquelas que, enquanto não se verificarem, impedem que o negócio jurídico gere efeitos (ar 125 do CC). Exemplo ocorre na venda a contento, principalmente de vinhos, cujo aperfeiçoamento somente ocorre com a aprovação *ad gustum* do comprador. Enquanto essa aprovação não ocorre, a venda está suspensa. De acordo com o art. 126 do CC, se alguém dispuser de alguma coisa sob condição suspensiva, e, pendente esta, fizer quanto àquela novas disposições, estas últimas não terão valor, caso ocorra o implemento do evento futuro e incerto, sendo a condição incompatível com essas novas disposições. Tal regra impede que uma nova condição se sobreponha a uma anterior, caso sejam elas incompatíveis entre si. Como demonstrado, as condições suspensivas física ou juridicamente impossíveis geram a nulidade absoluta do negócio jurídico (art. 123, I, do CC).
- *Condições resolutivas* – são aquelas que, enquanto não se verificarem, não trazem qualquer consequência para o negóc jurídico, vigorando o mesmo, cabendo inclusive o exercício de direitos dele decorrentes (art. 127 do CC). Ilustrando, no campo dos Direitos Reais, quando o título de aquisição da propriedade estiver subordinado a uma condição resolutiva, estaremos diante de uma *propriedade resolúvel* (art. 1.359 do CC). Isso ocorre no pacto de retrovenda, na venda com reserva de domínio e na alienação fiduciária em garantia. Por outro lado, sobrevindo a condição resolutiva, extingue-se, para todos os efeitos, os direitos que a ela se opõem, segundo art. 128 do CC. Segundo o mesmo dispositivo, se a condição resolutiva for aposta em um negócio de execução periódica ou continuada, a sua realização não tem eficácia quanto aos atos já praticados, desde que compatíveis com a natureza da condição pendente, respeitada a boa-fé. Isso salvo previsão em contrário no instrumento negocial. Imagine-se o exemplo de uma venda de vinhos, celebrada a contento ou *ad gustum*. A não aprovação, a negação do vinho representa uma condição resolutiva. Logicamente, se o comprador já adquiriu outras garrafas de vinho (negócio de execução periódica ou trato sucessivo), a não aprovação de uma última garrafa não irá influenciar nas vendas anteriores. Desse modo, não pode o comprador alegar que não irá pagar as outras bebidas, muito menos o jantar, o que inclusive denota a sua má-fé. A condição resolutiva pode ser *expressa* –, se constar do instrumento do negócio – ou *tácita* – se decorrer de uma presunção ou mesmo da natureza do pacto celebrado. A condição presente na venda *ad gustum* de vinhos é, na maioria das vezes, tácita, já que sequer é celebrado contrato escrito.

Em relação às duas últimas modalidades de condição, suspensiva e resolutiva, merecem comentários dois dispositivos com aplicação comum, os arts. 129 e 130 do Código Civil Brasileiro. Inicialmente, pelo art. 129, reputa-se verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer, considerando-se, ao contrário, não verificada a condição maliciosamente levada a efeito por aquele a quem aproveita o seu implemento. De acordo com o art. 130, ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo.

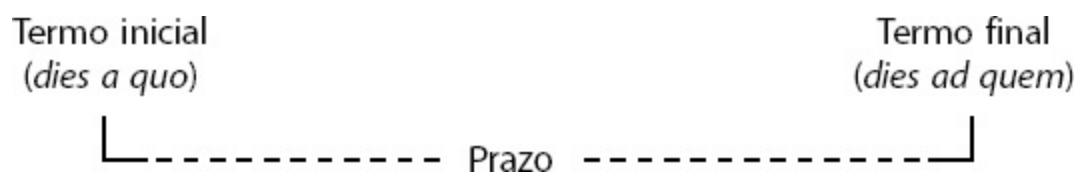
Por fim, cabe esclarecer que fica fácil a identificação da condição no negócio jurídico pelas conjunções utilizadas para caracterizá-la. Na maioria das vezes, aparecem as condições *se* (*v.g., dou-lhe um carro se você cantar no show amanhã*) e *enquanto* (*v.g., dou-lhe uma renda enquanto você estudar*). A expressão *se* é utilizada para a *condição suspensiva*; a expressão *enquanto* para *condição resolutiva*.

b) Termo

O termo é o elemento acidental do negócio jurídico que faz com que a eficácia desse negócio fique subordinada à ocorrência de evento futuro e certo. Melhor conceituando, o termo é "o evento

futuro e certo cuja verificação se subordina o começo ou o fim dos efeitos dos atos jurídicos”.[127]

Em uma primeira classificação, há o *termo inicial* (*dies a quo*), quando se tem o início dos efeitos negociais; e o *termo final* (*dies ad quem*), com eficácia resolutiva e que põe fim às consequências derivadas do negócio jurídico. Muito comum o aplicador do direito confundir a expressão *termo* com a expressão *prazo*. O prazo é justamente o lapso temporal que se tem entre o termo inicial e o termo final. Cabe visualização das diferenças pelo esquema a seguir:

Termo inicial (*dies a quo*) ——— Prazo ——— Termo final (*dies ad quem*)

Pertinente comentar que, conforme o art. 131 do Código Civil em vigor, o termo inicial suspende o exercício, mas não a aquisição do direito, o que diferencia o instituto em relação à condição suspensiva. Desse modo, a pessoa já tem o direito, não podendo somente exercê-lo. Havendo direito adquirido, não se pode esquecer da proteção constante do art. 5.º, XXXVI, da CF/1988 e do art. 6.º da Lei de Introdução. Vejamos o quadro comparativo a seguir, que diferencia a condição suspensiva do termo inicial ou suspensivo:

Condição suspensiva	– suspende o exercício e a aquisição do direito; – subordina a eficácia do negócio a evento futuro e **incerto**.	Ambos permitem a prática de atos de conservação do direito.
Termo inicial (ou suspensivo)	– suspende o exercício, **mas não** a aquisição do direito; – subordina a eficácia do negócio a evento futuro e **certo**.	

O art. 132 do CC traz as regras específicas quanto à contagem dos prazos, a saber:

– Salvo disposição legal ou convencional em contrário, computam-se os prazos, excluído o dia do começo, e incluído o do vencimento.
– Se o dia do vencimento cair em feriado, considerar-se-á prorrogado o prazo até o seguinte dia útil.
– Meado considera-se, em qualquer mês, o seu décimo quinto dia.
– Os prazos de meses e anos expiram no dia de igual número do de início, ou no imediato, se faltar exata correspondência.
– Os prazos fixados por hora contar-se-ão de minuto a minuto.

Especificamente para os testamentos, presume-se o prazo em favor do herdeiro, e, nos contratos,

em proveito do devedor, salvo, quanto a esse, se do teor do instrumento, ou das circunstâncias, resultar que se estabeleceu a benefício do credor, ou de ambos os contratantes. Essa é a regra constante do art. 133 do CC, que está relacionada com a interpretação dos negócios jurídicos, mais especificamente a respeito da interpretação do prazo a favor de um ou de determinado negociante, no caso a favor do herdeiro e do devedor (em regra).

Preconiza a lei que "Os negócios jurídicos entre vivos, sem prazo, são exequíveis desde logo, salvo se a execução tiver de ser feita em lugar diverso ou depender de tempo" (art. 134 do CC). De acordo com esse comando legal, o negócio é, por regra, instantâneo, somente assumindo a forma continuada se houver previsão no instrumento negocial ou em lei. Por outro lado, dependendo da natureza do negócio haverá obrigação não instantânea, inclusive se o ato tiver que ser cumprido em outra localidade.

Conforme o art. 135 do CC, ao termo inicial e final aplicam-se, no que couber, as disposições relativas à condição suspensiva e resolutiva, respectivamente. Desse modo, quanto às regras, o termo inicial é similar à condição suspensiva; o termo final à condição resolutiva.

No que concerne às suas origens, tanto o termo inicial quanto o final podem ser assim classificados:

- *Termo legal* – é o fixado pela norma jurídica. Exemplificando, o termo inicial para atuação de um inventariante (mandato judicial) ocorre quando esse assume compromisso.
- *Termo convencional* – é o fixado pelas partes, como o termo inicial e final de um contrato de locação.

O termo pode ser ainda *certo ou incerto* (ou *determinado e indeterminado*), conforme conceitos a seguir transcritos:

- *Termo certo ou determinado* – sabe-se que o evento ocorrerá e quando ocorrerá. Exemplo: o fim de um contrato de locação celebrado por tempo determinado.
- *Termo incerto e indeterminado* – sabe-se que o evento ocorrerá, mas não se sabe quando. Exemplo: a morte de uma determinada pessoa.

Por fim, fica fácil também a identificação do termo, pois é comum a utilização da expressão *quando* (*v.g., dou-lhe um carro quando seu pai falecer*).

c) Encargo ou modo

O encargo ou modo é o elemento acidental do negócio jurídico que traz um ônus relacionado com uma liberalidade. Geralmente, tem-se o encargo na doação, testamento e legado. Para Vicente Ráo, "modo ou encargo é uma determinação que, imposta pelo autor do ato de liberalidade, a esta

adere, restringindo-a".[128] O negócio gratuito ou benévolo vem assim acompanhado de um ônus, um fardo, um encargo, havendo o caso típico de *presente de grego*. Exemplo que pode ser dado ocorre quando a pessoa doa um terreno a outrem para que o donatário construa em parte dele um asilo. O encargo é usualmente identificado pelas conjunções *para que* e *com o fim de*.

A respeito da *doação modal* ou *com encargo*, há regras específicas previstas na Parte Especial do Código Civil. A doação modal está prevista no art. 540 do CC, sendo certo que somente haverá liberalidade na parte que exceder o encargo imposto. Não sendo executado o encargo, caberá *revogação da doação*, forma de resilição unilateral que gera a extinção contratual (arts. 555 a 564).

De acordo com o art. 136 do atual CC, "o encargo não suspende a aquisição nem o exercício do direito, salvo quando expressamente imposto no negócio jurídico, pelo disponente, como condição suspensiva." Desse modo, no exemplo apontado, o donatário já recebe o terreno. Caso não seja feita a construção em prazo fixado pelo doador, caberá revogação do contrato.

Em regra, o encargo diferencia-se da condição suspensiva justamente porque não suspende a aquisição nem o exercício do direito, o que ocorre no negócio jurídico se a última estiver presente.

Enuncia o art. 137 do CC que deve ser considerado não escrito o encargo ilícito ou impossível, salvo se constituir o motivo determinante da liberalidade, caso em que se invalida o negócio jurídico. Trata-se de uma inovação, não havendo correspondente no Código Civil de 1916. O comando em questão traz, em sua primeira parte, o princípio da conservação negocial ou contratual, relacionado com a função social dos contratos. Desse modo, despreza-se a ilicitude ou a impossibilidade parcial, aproveitando-se o resto do negócio. A segunda parte traz previsão pela qual o encargo passa para o plano da validade do negócio, caso seja fixado no instrumento como motivo determinante da liberalidade, gerando eventual nulidade absoluta do negócio jurídico. Para ilustrar, a doação de um prédio no centro da cidade de Passos, Minas Gerais, feita com o encargo de que ali se construa uma pista de pouso de OVNIs, deve ser considerada como pura e simples, enquanto a doação desse mesmo prédio com o encargo de que o donatário provoque a morte de algumas pessoas é nula.

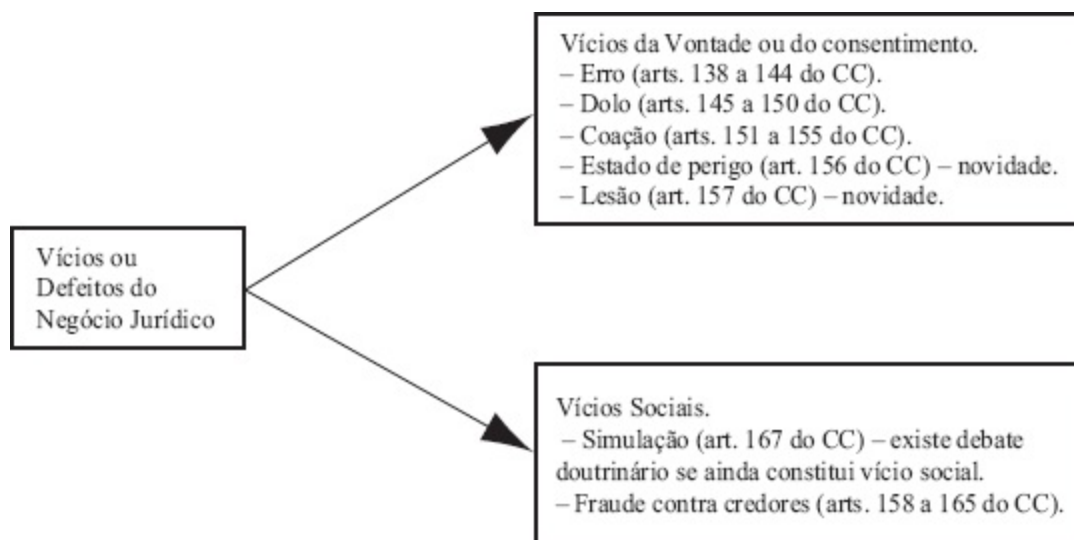
Finalizando, para facilitar o estudo, pode ser concebido o seguinte quadro comparativo entre os três institutos (condição, termo e encargo ou modo):

Condição	**Termo**	**Encargo ou Modo**
Negócio dependente de evento futuro + incerto	Negócio dependente de evento futuro + certo	Liberalidade + ônus
Identificado pelas conjunções "se" ou "enquanto"	Identificado pela conjunção "quando"	Identificado pelas conjunções "para que" e "com o fim de"
Suspende (condição suspensiva) ou resolve (condição resolutiva) os efeitos	Suspende (termo inicial) ou resolve (termo final) os efeitos do negócio	Não suspende nem resolve a eficácia do negócio. Não

do negócio jurídico	jurídico	cumprido o encargo, cabe revogação da liberalidade

2.5.5 Vícios ou defeitos do negócio jurídico

O estudo dos defeitos do negócio jurídico, vícios que maculam o ato celebrado, é de vital importância para a civilística nacional. Tais vícios atingem a sua vontade ou geram uma repercussão social, tornando o negócio passível de ação anulatória ou declaratória de nulidade pelo prejudicado ou interessado. São vícios da vontade ou do consentimento: o erro, o dolo, a coação, o estado de perigo e a lesão. Os dois últimos constituem novidades, eis que não estavam tratados pelo Código Civil de 1916. O problema acomete a vontade, repercutindo na validade do negócio celebrado (segundo degrau da *Escada Ponteana*).

Também serão analisados, no presente capítulo, a fraude contra credores e o enquadramento ou não da simulação como vício social. Esses institutos jurídicos são condenados pela repercussão social, atentatórios que são à boa-fé e à socialidade. O quadro a seguir demonstra a classificação de tais vícios ou defeitos:

Anote-se que não se pode confundir os vícios do negócio jurídico com os vícios redibitórios ou vícios do produto. Os primeiros atingem os negócios jurídicos em geral, mais especificamente a manifestação da vontade ou a órbita social, pelos motivos que serão estudados a partir de então. Os últimos atingem os contratos, particularmente o objeto de uma disposição patrimonial. No caso de relação civil, aplicam-se os dispositivos previstos para os *vícios redibitórios* (arts. 441 a 446 do CC). Em havendo relação de consumo, há tratamento específico quanto aos *vícios do produto* no Código do Consumidor (arts. 18 e 26 da Lei 8.078/1990). Ressalte-se que os vícios ou defeitos do negócio jurídico estão no seu plano da *validade*, enquanto que os vícios redibitórios e os vícios do produto estão no plano da *eficácia* do contrato correspondente.

Feito tal esclarecimento, parte-se ao estudo pontual dos vícios ou defeitos do negócio jurídico,

começando pela abordagem dos vícios da vontade ou consentimento.

2.5.5.1 *Do erro e da ignorância*

O erro é um engano fático, uma falsa noção, em relação a uma pessoa, ao objeto do negócio ou a um direito, que acomete a vontade de uma das partes que celebrou o negócio jurídico. De acordo com o art. 138 do atual CC, os negócios jurídicos celebrados com erro são anuláveis, desde que o erro seja *substancial*, podendo ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias em que o negócio foi celebrado. Em síntese, mesmo percebendo a pessoa que está agindo sob o vício do erro, do engano, a anulabilidade do negócio continua sendo perfeitamente possível.

De acordo com esse mesmo art. 138 do CC/2002, não mais interessa se o erro é escusável (justificável) ou não. Isso porque foi adotado pelo comando legal o princípio da confiança. Na sistemática do atual Código, está valorizada a eticidade, motivo pelo qual, presente a falsa noção relevante, merecerá o negócio a anulabilidade. A essa conclusão chegou o corpo de juristas que participou da *I Jornada de Direito Civil*, promovida pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, com a aprovação do Enunciado n. 12, cuja redação merece destaque: "na sistemática do art. 138, é irrelevante ser ou não escusável o erro, porque o dispositivo adota o princípio da confiança".

O enunciado doutrinário, pelo menos aparentemente, encerra a discussão anterior sobre a necessidade de o erro ser justificável. Sobre o tema, o Professor da USP José Fernando Simão escreveu profundo artigo, concluindo que o erro não precisa ser escusável, bastando a *cognoscibilidade*, o conhecimento do vício por aquele a quem se fez a declaração, o que aproxima o erro do dolo.[129] Para amparar suas conclusões, Simão cita os entendimentos de Sílvio de Salvo Venosa, Inácio de Carvalho Neto, Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, contra a necessidade da escusabilidade do erro. Como não poderia ser diferente, é de se concordar integralmente com essa corrente, diante da notória valorização da boa-fé objetiva.

De qualquer forma, é apontado que a questão está longe de ser pacífica, eis que juristas como Maria Helena Diniz, Sílvio Rodrigues, J. M. Leoni Lopes de Oliveira, Carlos Roberto Gonçalves, Álvaro Villaça Azevedo e Francisco Amaral ainda concluem que, necessariamente para a anulação de um negócio jurídico, o erro deve ser escusável ou justificável.[130] Aliás, quando da tramitação do anteprojeto que gerou o atual Código Civil, a questão foi amplamente debatida por Moreira Alves e Clóvis do Couto e Silva.

Vejamos um exemplo para demonstrar como o erro não precisa ser mais escusável, o que ampara a primeira corrente, consubstanciada no enunciado doutrinário. Imagine-se que um jovem estudante recém-chegado do interior de Minas Gerais a São Paulo vá até o Viaduto do Chá, no centro

da Capital. Lá, na ponta do viaduto, encontra um vendedor – na verdade, um ambulante que vende pilhas – com uma placa "Vende-se". O estudante mineiro então paga R$ 5.000,00 pensando que está comprando o viaduto, e a outra parte nada diz. No caso descrito, o erro é muito grosseiro, ou seja, não escusável, e, pela sistemática anterior, a venda não poderia ser anulada. Mas, pela nova visão do instituto, caberá a anulação, mormente porque a outra parte, ciente do erro, permaneceu em silêncio, recebendo o dinheiro. Ora, se a lei protege quem cometeu um erro justificável, muito mais deve proteger aquele que pratica o erro inescusável, diante da proteção do portador da boa-fé.

Superado esse ponto inicial, consigne-se que o erro merece o mesmo tratamento legal da ignorância, que é um desconhecimento total quanto ao objeto do negócio. As hipóteses correlatas são tratadas pela lei como sinônimas, equiparadas. Nos dois casos, a pessoa engana-se sozinha, parcial ou totalmente, sendo anulável o negócio toda vez que o erro ou a ignorância for substancial ou essencial, nos termos do art. 139 do CC, a saber:

a) Interessar à natureza do negócio (*error in negotia*), ao objeto principal da declaração (*error in corpore*), ou a alguma das qualidades a ele essenciais (*error in substantia*). Exemplo: comprar bijuteria pensando tratar-se de ouro (*comprar gato por lebre*).
b) Disser respeito à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante (*erro quanto à pessoa* ou *error in persona*). Exemplo: ignorar um vício comportamental de alguém e celebrar o casamento com essa pessoa. O art. 1.557 do CC traz as hipóteses que podem motivar a anulação do casamento por erro.
c) Constituir erro de direito e não implicar em recusa à aplicação da lei, sendo o motivo único ou causa principal do negócio jurídico (*erro de direito* ou *error iuris*).

Como se observa, como novidade, o Código Civil de 2002 reconhece a possibilidade de o *erro de direito* anular um determinado negócio, desde que preenchidos os requisitos apontados. Repise-se que a regra do art. 139, III, do CC, constitui exceção ao princípio da obrigatoriedade da lei, retirado do art. 3.º da Lei de Introdução, pelo qual ninguém pode deixar de cumprir a lei alegando não conhecê-la. A título de exemplo, imagine-se o caso de um locatário de imóvel comercial que celebra novo contrato de locação, mais oneroso, pois pensa que perdeu o prazo para a ação renovatória. Sendo leigo no assunto, o locatário assim o faz para proteger o seu ponto empresarial. Pois bem, cabe a alegação de erro de direito essencial ou substancial, a motivar a anulação desse novo contrato.

Sabe-se que o *erro acidental* diz respeito aos elementos secundários, e não essenciais do negócio jurídico. O erro acidental não gera a anulabilidade do negócio, não atingindo o plano de sua validade. Ao contrário do erro essencial, no erro acidental o contrato é celebrado mesmo sendo conhecido pelos contratantes. O erro acidental está previsto no art. 142 do Código, eis que nos casos de erro quanto ao objeto (*error in corpore*) e de erro quanto à pessoa (*error in persona*), não se

anulará o negócio jurídico quando for possível a identificação dessa coisa ou pessoa posteriormente.

O motivo de um negócio jurídico pode ser conceituado como sendo a razão pessoal da sua celebração, estando no seu *plano subjetivo*. Ensina Zeno Veloso, citando Clóvis Beviláqua, que, "os motivos do ato são do domínio da psicologia e da moral. O direito não os investiga, nem lhes sofre influência; exceto quando fazem parte integrante do ato, quer apareçam como razão dele, quer como condição de que ele dependa".[131] O motivo, portanto, diferencia-se da causa do negócio, que está no plano objetivo. Ilustrando, quando se analisa um contrato de compra e venda, a *causa* é a transmissão da propriedade. Os motivos podem ser os mais variados, de ordem pessoal das partes: o preço está bom, o imóvel é bem localizado, o comprador quer comprá-lo para presentear alguém etc.

Assim sendo, o falso motivo, por regra, não pode gerar a anulabilidade do negócio, a não ser que seja expresso como razão determinante do negócio, regra essa que consta do art. 140 do CC. Esse dispositivo trata do *erro quanto ao fim colimado*, que não anula o negócio. Ilustra-se com o caso da pessoa que compra um veículo para presentear uma filha. Na véspera da data festiva descobre o pai que o aniversário é do seu filho. Tal motivo, em regra, não pode gerar a anulabilidade do contrato de compra e venda desse veículo. O objetivo da compra era presentear um dos filhos, não importando àquele que vendeu o bem qual deles seria presenteado.

De acordo com o art. 141 do CC, "a transmissão errônea da vontade por meios interpostos é anulável nos mesmos casos em que o é a declaração direta." Conforme ensinam Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado, "o novo Código deu redação mais precisa ao dispositivo, deixando expresso que a transmissão errônea da vontade por meios interpostos é causa de anulabilidade e não de nulidade como aparentemente posto pelo Código anterior. Entre os meios interpostos de transmissão da vontade inserem-se todos os meios de comunicação, escrita e audiovisual, sobretudo a internet. O dispositivo aplica-se, portanto, aos chamados 'contratos eletrônicos'".[132] Deve-se atentar para a grande importância dos contratos eletrônicos, que se enquadram como contratos atípicos, aqueles sem previsão legal, nos moldes do art. 425 do CC.

O art. 143 do CC trata de uma hipótese de *erro material retificável*, sendo certo que o *erro de cálculo* não anula o negócio, mas apenas autoriza a possibilidade de retificação da declaração de vontade, hipótese de convalidação prévia. Cabe apenas a correção do cálculo mal elaborado, o que está de acordo com o princípio da conservação dos negócios jurídicos.

Prevê o art. 144 da atual norma codificada que o erro não prejudica a validade do negócio jurídico quando a pessoa, a quem a manifestação de vontade se dirige, oferecer-se para executá-la na conformidade da vontade real do manifestante. Nesse último dispositivo, em sintonia com a valorização da eticidade e da operabilidade, no sentido de efetividade, procurou a nova lei preservar a manifestação de vontade, constante do negócio jurídico (mais uma vez incidente o princípio da conservação contratual), desde que respeitada a intenção real dos negociantes. Maria Helena Diniz traz exemplo interessante nos seguintes termos: "Se A pensar que comprou o lote n. 4 na quadra X,

quando, na verdade, adquiriu o lote n. 4 na quadra Y, ter-se-á erro substancial que não invalidará o ato negocial se o vendedor vier a entregar-lhe o lote n. 4 da quadra X, visto que não houve qualquer prejuízo a A, diante da execução do negócio de conformidade com a sua vontade real”.[133]

Cabe ainda comentar o conceito de *erro obstativo*. Ensina Carlos Roberto Gonçalves o “erro obstativo ou impróprio é o de relevância exacerbada, que apresenta uma profunda divergência entre as partes, impedindo que o negócio venha a se formar. É, portanto, o que obsta a sua formação e, destarte, inviabiliza a sua existência”.[134] O referido doutrinador informa que em alguns ordenamentos jurídicos, como, por exemplo, o alemão, o erro obstativo (também conhecido por *erro obstáculo* ou, ainda, *erro impróprio*) é tão grave, que o negócio jurídico é considerado inexistente. Pelo fato de esse erro não ter recebido tratamento específico pelo Código de 2002, a sua incidência sobre o negócio jurídico produzirá somente a sua anulabilidade, caso o negócio acabe sendo celebrado (art. 171, II, do CC). Todavia, é difícil imaginar tal hipótese, uma vez que pelo *erro obstativo* o negócio não chega a ser constituído.

Por fim, esclareça-se que o prazo para anular o negócio jurídico eivado de erro é decadencial de quatro anos, contados da celebração do negócio jurídico (art. 178, II, do CC).

2.5.5.2 *Do dolo*

O dolo pode ser conceituado como sendo o artifício ardiloso empregado para enganar alguém, com intuito de benefício próprio. *O dolo é a arma do estelionatário*, como diziam os antigos civilistas. De acordo com o art. 145 do CC, o negócio praticado com dolo é anulável, no caso de ser este a sua causa. Esse dolo, causa do negócio jurídico, é conceituado como dolo essencial, substancial ou principal (*dolus causam*). Em casos tais, uma das partes do negócio utiliza artifícios maliciosos, para levar a outra a praticar um ato que não praticaria normalmente, visando a obter vantagem, geralmente com vistas ao enriquecimento sem causa.

De fato, não se pode confundir o *dolo-vício* do negócio jurídico com o *dolo da responsabilidade civil*. As diferenças constam no quadro a seguir:

Dolo – Responsabilidade Civil	Dolo – Vício do Negócio
Não está relacionado com um negócio jurídico, não gerando qualquer anulabilidade. Se eventualmente atingir um negócio, gera somente o dever de pagar perdas e danos, devendo ser tratado como dolo acidental (art. 146 do CC).	Está relacionado com um negócio jurídico, sendo a única causa da sua celebração (dolo essencial). Sendo o dolo essencial ao ato, causará a sua anulabilidade, nos termos do art. 171, II, do CC, desde que proposta ação no prazo de 4 anos da celebração do negócio, pelo interessado (art. 178, II, do CC).

Conforme consta do quadro, o *dolo acidental*, que não é causa para o negócio, não pode gerar a sua anulabilidade, mas somente a satisfação das perdas e danos a favor do prejudicado. De acordo

com o art. 146 do CC, haverá dolo acidental quando o negócio seria praticado pela parte, embora de outro modo. Preferimos defini-lo como sendo aquele que não é causa do ato (*dolus incidens*). Assim, quando se tem o dolo acidental, o negócio seria celebrado de qualquer forma, presente ou não o artifício malicioso.

Não só o dolo do próprio negociante gera a anulabilidade do negócio, mas também o *dolo de terceiro*. Conforme o art. 148 do CC, isso pode acontecer se a parte a quem aproveite dele tivesse ou devesse ter conhecimento. Em caso contrário, ainda que válido o negócio jurídico, o terceiro responderá por todas as perdas e danos da parte a quem ludibriou. Simplificando, tendo conhecimento o contratante ou negociante beneficiado, haverá dolo essencial. Não havendo tal conhecimento, o dolo é acidental, o que logicamente depende de prova. De qualquer forma, é difícil a prova desse conhecimento da parte beneficiada ou que ela deveria saber do dolo. Para tanto, deve-se levar em conta a *pessoa natural comum*, o que antes era denominado como *homem médio*, a partir das regras de comportamento e de experiência, o que está de acordo com a teoria tridimensional de Reale. Em suma, deve-se ter como parâmetro a conduta do homem razoável ("*reasonable man*").

Vejamos mais um quadro esquemático, para simplificar o estudo do tema:

No *dolo de terceiro*, se a parte a quem aproveite dele:	– tinha ciência	o negócio é anulável.
	– não tinha ciência	o negócio não é anulável, mas o lesado pode pedir perdas e danos ao autor do dolo.

O atual Código Civil Brasileiro trata também do *dolo do representante legal*, em seu art. 149. Dessa forma, o dolo do representante legal de uma das partes só obriga o representado a responder civilmente até a importância do proveito que teve. Mas se o dolo for do representante convencional, o representado responderá solidariamente com ele por perdas e danos.

A encerrar o presente item, cabe esclarecer que o dolo recebe algumas classificações doutrinárias importantes, que devem ser analisadas:

I) *Quanto ao conteúdo*:

a) *Dolus bonus* (dolo bom) – pode ser concebido em dois sentidos. Inicialmente, é o dolo tolerável, aceito inclusive nos meios comerciais. São os exageros feitos pelo comerciante ou vendedor em relação às qualidades de um bem que está sendo vendido, mas que não têm a finalidade de prejudicar o comprador. O negócio em que está presente esta modalidade de dolo não é passível de anulação, desde que não venha a enganar o consumidor, mediante publicidade enganosa, prática abusiva vedada pelo art. 37, § 1.º, do Código de Defesa do Consumidor. Em suma, a *lábia* do comerciante, inicialmente, é exemplo de *dolus bonus*. Entretanto, se o vendedor utilizar artifícios de má-fé para enganar o consumidor, o ato poderá ser anulado. Por outro lado, haverá também *dolus bonus* no caso de uma conduta que visa trazer vantagens a outrem, como, por exemplo, a de oferecer um remédio a alguém alegando ser um suco, para curar essa pessoa, caso em que também não se pode falar em anulabilidade. Pode-se citar, ainda, como exemplo que se enquadra nos dois conceitos, o espelho colocado em uma loja, que *emagrece* o comprador. Trata-se de um

artifício tolerável que faz até bem à pessoa.

b) *Dolus malus* (dolo mau) – este sim consiste em ações astuciosas ou maliciosas com o objetivo de enganar alguém e lhe causar prejuízo. Quando se tem o dolo mau, o negócio jurídico poderá ser anulado se houver prejuízo ao induzido e benefício ao autor do dolo ou a terceiro.

II) *Quanto à conduta das partes*:

a) *Dolo positivo* (ou comissivo) – é o dolo praticado por ação (conduta positiva). Exemplo: a publicidade enganosa por ação: alguém faz um anúncio em revista de grande circulação pela qual um carro tem determinado acessório, mas quando o comprador o adquire percebe que o acessório não está presente.

b) *Dolo negativo* (ou omissivo) – é o dolo praticado por omissão (conduta negativa), situação em que um dos negociantes ou contratantes é prejudicado. Também é conhecido por *reticência acidental* ou *omissão dolosa*. Exemplo ocorre nas vendas de apartamentos decorados, em que não se revela ao comprador que os móveis são feitos sob medida, induzindo-o a erro (publicidade enganosa por omissão). O art. 147 do CC traz previsão expressa quanto à omissão dolosa, caracterizada por eventual silêncio intencional de uma das partes, a respeito de fato ou qualidade que a outra ignorava. Para a caracterização desse dolo omissivo é preciso que o prejudicado prove que não celebraria o negócio se a omissão não ocorresse.

c) *Dolo recíproco* ou *bilateral* – é a situação em que ambas as partes agem dolosamente, um tentando prejudicar o outro mediante o emprego de artifícios ardilosos. Em regra, haverá uma compensação total dessas condutas movidas pela má-fé, consagração da regra pela qual ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*), inclusive se presente de forma recíproca. Segundo o art. 150 do CC/2002, não podem as partes alegar os dolos concorrentes, permanecendo incólume o negócio jurídico celebrado, não cabendo também qualquer indenização a título de perdas e danos. Exemplificando, se duas ou mais pessoas agirem com dolo, tentando assim se beneficiar de uma compra e venda, o ato não poderá ser anulado. De toda sorte, se os dolos de ambos os negociantes causarem prejuízos de valores diferentes, pode ocorrer uma *compensação parcial das condutas*, o que gera ao prejudicado em quantia maior o direito de pleitear perdas e danos da outra parte. O dolo bilateral (de ambas as partes) é também denominado *dolo compensado* ou *dolo enantiomórfico*.

2.5.5.3 Da coação

A coação pode ser conceituada como sendo uma pressão física ou moral exercida sobre o negociante, visando obrigá-lo a assumir uma obrigação que não lhe interessa. Aquele que exerce a coação é denominado *coator* e o que a sofre, *coato*, *coagido* ou *paciente*.

Nos termos do art. 151 do CC, a coação, para viciar o negócio jurídico, há de ser relevante, baseada em fundado temor de dano iminente e considerável à pessoa envolvida, à sua família ou aos seus bens. Eventualmente, dizendo respeito o temor à pessoa não pertencente à família do *coato*, o juiz, com base nas circunstâncias do caso concreto, decidirá se houve coação (art. 151, parágrafo único, do CC). A título de exemplo, se o temor se referir a amigo íntimo do negociante ou à sua namorada, pode-se falar na presença desse vício do consentimento.

A coação pode ser assim classificada:

a) *Coação física* (*vis absoluta*) – “constrangimento corporal que venha a retirar toda a capacidade de querer de uma das

partes, implicando ausência total de consentimento, o que acarretará nulidade absoluta do negócio”.[135] A nulidade absoluta está justificada, pois a situação de coação física faz com que a pessoa se enquadre na previsão do art. 3.º, III, do CC, como uma pessoa que por causa transitória não puder exprimir sua vontade. Todavia, a questão não é pacífica, eis que alguns juristas, caso de Renan Lotufo, entendem que se tal modalidade de coa-ção estiver presente, o negócio será inexistente.[136] Deve-se ficar atento, pois a coação física pode ser tratada tanto como motivo de nulidade absoluta como de inexistência do negócio jurídico. Exemplo de coação física pode ser percebido na hipótese de o vendedor ser espancado e, em estado de inconsciência, obrigado a assinar o contrato. Uma venda celebrada à pessoa hipnotizada constitui outra ilustração de negócio sob coação física. Como se pode notar pelas exemplificações os casos têm pouca relevância prática.

b) *Coação moral ou psicológica* (*vis compulsiva*) – coação efetiva e presente, causa fundado temor de dano iminente e considerável à pessoa do negociante, à sua família, à pessoa próxima ou aos seus bens, gerando a anulabilidade do ato (art. 151 do CC).

Determina o art. 152 da atual codificação que, ao apreciar a coação, deve o magistrado levar em conta o sexo, a idade, a condição, a saúde, o temperamento do paciente e todas as demais circunstâncias que possam influir na gravidade da pressão exercida. Sintetizando, cabe análise *in concreto* das circunstâncias que circundam o negócio, principalmente as características gerais da pessoa coagida. Como ilustração dessa análise *in concreto*, colaciona-se acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que entendeu pela existência de coação moral exercida por igreja evangélica, a fim de que uma fiel com sérios problemas psicológicos realizasse doações de valores consideráveis à instituição.

Conforme consta da ementa da decisão, “a prova dos autos revelou que a autora estava passando por grandes dificuldades em sua vida afetiva (separação litigiosa), profissional (divisão da empresa que construiu junto com seu ex-marido) e psicológica (foi internada por surto maníaco, e diagnosticada com transtorno afetivo bipolar). Por conta disso, foi buscar orientação religiosa e espiritual junto à Igreja Universal do reino de Deus. Apegou-se à vivência religiosa com fervor, comparecia diariamente aos cultos e participava de forma ativa da vida da igreja. Ou seja, à vista dos critérios valorativos da coação, nos termos do art. 152 do Código Civil, ficou claramente demonstrada sua vulnerabilidade psicológica e emocional, criando um contexto de fragilidade que favoreceu a cooptação da vontade pelo discurso religioso” (TJRS, Apelação Cível 583443-30.2010.8.21.7000, Esteio, 9.ª Câmara Cível, Rel.ª Des.ª Iris Helena Medeiros Nogueira, j. 26.01.2011, *DJERS* 11.03.2011).

O julgado considerou que os pagamentos do dízimo teriam natureza de doações, e que deveriam ser anulados pela pressão psicológica, cabendo a apuração do prejuízo patrimonial em posterior liquidação de sentença. O acórdão determina o pagamento do montante de R$ 20.000,00 a título de reparação imaterial para a fiel coagida.

Essa pressão, desde que moral ou psicológica, vicia o consentimento do contratante ou negociante, sendo o ato passível de anulação, desde que proposta ação anulatória pelo interessado,

no prazo decadencial de quatro anos, contados de quando cessar a coação (art. 178, I, do CC).

Enuncia o art. 154 do CC/2002 que também a coação exercida por terceiro gera a anulabilidade do negócio, se o negociante beneficiado dela tiver ou devesse ter conhecimento, respondendo ambos solidariamente perante o prejudicado pelas perdas e danos. Por outro lado, o negócio jurídico permanecerá válido se o negociante beneficiado pela coação dela não tiver ou não devesse ter conhecimento (art. 155 do CC), regra em consonância com a conservação dos negócios em geral. Mas isso não afasta o dever de indenizar do coator que responderá por todas as perdas e danos que tiver causado. Mais uma vez, a lei, ao se referir ao conhecimento pelo negociante, ampara o conceito nas regras de experiência e na análise da pessoa natural comum.

Desse modo, imagine-se o caso em que alguém celebra um casamento sob pressão de ameaça do irmão da noiva. Se a última tiver ou devesse ter conhecimento dessa coação, o negócio é anulável, respondendo ambos, irmão e irmã, solidariamente. Por outro lado, diante da boa-fé da noiva que não sabia da coação, o casamento é conservado, respondendo o cunhado perante o noivo por eventuais perdas e danos decorrentes de seu ato. Logicamente, os danos devem ser provados, interpretação sistemática do art. 186 do atual CC.

Por fim, pelo art. 153 do CC não constituem coação:

a) A ameaça relacionada com o exercício regular de um direito reconhecido, como no caso de informação de prévio protesto de um título em cartório, sendo existente e devida a dívida.
b) O mero temor reverencial ou o receio de desagradar pessoa querida ou a quem se deve obediência. Exemplo: casar-se com alguém com medo de desapontar seu irmão, grande amigo. O casamento é válido.

2.5.5.4 *Do estado de perigo*

De acordo com o art. 156 do CC, haverá estado de perigo toda vez que o próprio negociante, pessoa de sua família ou pessoa próxima estiver em perigo, conhecido da outra parte, sendo este a única causa para a celebração do negócio. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do contratante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias fáticas e regras da razão (art. 156, parágrafo único, do CC). Conforme outrora demonstrado, há regra semelhante para a coação moral, no art. 151, parágrafo único, do CC.

Pois bem, no estado de perigo, o negociante temeroso de grave dano ou prejuízo acaba celebrando o negócio, mediante uma prestação exorbitante, presente a onerosidade excessiva (*elemento objetivo*). Para que tal vício esteja presente, é necessário que a outra parte tenha conhecimento da situação de risco que atinge o primeiro, *elemento subjetivo* que diferencia o estado de perigo da coação propriamente dita e da lesão. Com tom didático, é interessante a fórmula a seguir:

ESTADO DE PERIGO = Situação de perigo conhecido da outra parte (elemento subjetivo) + onerosidade excessiva (elemento objetivo).

A sanção a ser aplicada ao ato eivado de estado de perigo é a sua anulação – arts. 171, II, e 178, II, do CC. O último dispositivo consagra prazo decadencial de quatro anos, a contar da data da celebração do ato, para o ingresso da ação anulatória.

Para afastar a anulação do negócio e a correspondente extinção, poderá o juiz utilizar-se da revisão do negócio. Desse modo, filiamo-nos ao entendimento de aplicação analógica do art. 157, § 2.º, do CC, também para os casos de estado de perigo. Essa, aliás, foi a conclusão a que se chegou na *III Jornada de Direito Civil*, promovida pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal, com a elaboração do seguinte enunciado doutrinário: "Ao 'estado de perigo' (art. 156) aplica-se, por analogia, o disposto no § 2.º do art. 157" (Enunciado n. 148). Com a revisão, busca-se a manutenção do negócio, o princípio da conservação contratual, que mantém íntima relação com a função social dos contratos. A proposta de enunciado é do jurista Mário Luiz Delgado.

De toda sorte, a equidade e a boa razão devem acompanhar o juiz no momento de se determinar ou não a configuração do estado de perigo, eis que os contratantes poderão utilizar tal vício como álibi para a posterior anulação do negócio jurídico. O magistrado, neste contexto, deverá julgar favorecendo o negociante dotado de boa-fé objetiva, aplicando os arts. 113 e 422 do CC.

Exemplo interessante de situação envolvendo o estado de perigo é fornecido por Maria Helena Diniz. Cita a professora o caso de alguém que tem pessoa da família sequestrada, tendo sido fixado o valor do resgate em R$ 10.000,00 (dez mil reais). Um terceiro conhecedor do sequestro oferece para a pessoa justamente os dez mil por uma joia, cujo valor gira em torno de cinquenta mil reais. A venda é celebrada, movida pelo desespero da pessoa que quer salvar o filho. O negócio celebrado é, portanto, anulável.[137]

Outra ilustração relevante é apontada pelo professor paraibano Rodrigo Toscano de Brito. Sinaliza o doutrinador para o caso do pai que chega com o filho acidentado gravemente em um hospital e o médico diz que somente fará a cirurgia mediante o pagamento de R$ 100.000,00. O preço é pago e a cirurgia é feita, mediante a celebração de um contrato de prestação de serviços. Como se vê, estão presentes todos os requisitos do estado de perigo: há o risco, conhecido pelo médico (*elemento subjetivo*), tendo sido celebrado um negócio desproporcional, com onerosidade excessiva (*elemento objetivo*).[138]

Opinando sobre o último caso descrito, pode-se dizer que o melhor caminho a ser percorrido é justamente o da revisão desse contrato de prestação de serviços, celebrado com preço exorbitante. Ora, imagine-se que o valor normal da cirurgia seria de R$ 5.000,00. Com a revisão do negócio jurídico, esse é o valor que deverá ser pago ao médico. Se o negócio fosse anulado, o médico nada

receberia, o que conduziria ao enriquecimento sem causa da outra parte. Ademais, com a revisão do negócio está-se prestigiando a conservação negocial e a função social dos contratos (Enunciado n. 22 do CJF/STJ).

Um outro entendimento poderia sustentar que o não pagamento visa a punir o médico que agiu de má-fé, tendo em vista que houve violação ao princípio da boa-fé objetiva. Porém, com todo respeito em relação a esse posicionamento, entendemos que, nesse caso, a função social dos contratos deve prevalecer, somada à vedação do enriquecimento sem causa (arts. 884 a 886 do CC). Em síntese, o médico será remunerado com a revisão do negócio.

Por fim, interessante trazer à tona a comum prática do cheque-caução, exigido muitas vezes quando da internação de consumidores em hospitais. Há quem entenda tratar-se de hipótese típica de estado de perigo, mormente quando o paciente médico já tem plano de saúde. Nesse sentido, leciona Carlos Roberto Gonçalves que "Merece ser também citado o exemplo de inegável atualidade e característico de estado de perigo, que é o da pessoa que se vê compelida a efetuar depósito ou a prestar garantia sob a forma de emissão de cambial ou de prestação de fiança, exigidos por hospital para conseguir a internação ou atendimento de urgência de cônjuge ou de parente em perigo de vida".[139] Não tem sido diferente o enquadramento da jurisprudência (ver: TJSP, Apelação 0109749-68.2008.8.26.0002, Acórdão 4885202, São Paulo, Décima Oitava Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Rubens Cury, j. 07.12.2010, *DJESP* 24.01.2011; TJSC, Apelação cível 2009.043712-5, Brusque, Rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. 29.06.2010, *DJSC* 08.07.2010, p. 181; TJPR, Apelação cível 0485768-9, Curitiba, Sexta Câmara Cível, Rel. Des. Prestes Mattar, *DJPR* 17.10.2008, p. 59 e TJRJ, Apelação cível 2006.001.49905, Décima Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Edson Aguiar de Vasconcelos, j. 10.01.2007).

Com o devido respeito, esse não parece ser o melhor enquadramento, uma vez que o estado de perigo gera a anulação do ato correspondente (arts. 171 e 178 do CC/2002). Na verdade, é salutar concluir que a exigência de cheque-caução, especialmente quando o consumidor já tem plano de saúde ou quando ausente justo motivo para a negativa de cobertura, configura uma prática ou cláusula abusiva que, por envolver matéria de ordem pública, ocasiona a nulidade do ato correspondente, sem prejuízo de outras sanções caso da imputação civil dos danos suportados. Utiliza-se a teoria do *diálogo das fontes*, com solução mais satisfatória aos consumidores (nesse sentido: TJSP, Apelação 0131319-87.2006.8.26.0000, Acórdão 4931640, São Paulo, Terceira Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Jesus Lofrano, j. 08.02.2011, *DJESP* 02.03.2011 e TJRJ, Apelação 2008.001.57406, Décima Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Rogério de Oliveira Souza, j. 07.04.2009, *DORJ* 13.04.2009, p. 167).

Na verdade, não se pode mais insistir na premissa de que o Código Civil é a via de solução para todos os problemas, para a *cura de todos os males*. Em muitos casos, a correta solução de enquadramento está no Código de Defesa do Consumidor e não na lei geral privada.

Superada esta interessante discussão, parte-se ao estudo do importante instituto da lesão.

2.5.5.5 *Da lesão*

Dispõe o art. 157, *caput*, da atual codificação privada que "Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta". Trata-se de uma das mais festejadas inovações do Código Civil de 2002, criada para se evitar o *negócio da China*, o enriquecimento sem causa, fundado em negócio totalmente desproporcional, utilizado para *massacrar patrimonialmente* uma das partes. Destaque-se que a categoria foi abordada por clássica obra de Caio Mário da Silva Pereira.[140]

O desafio de se descobrir o sentido do instituto ainda permanece, eis que grandes são as dificuldades na busca desse conceito emergente, presente que está a desproporção em vários dos contratos que atualmente são celebrados. Na opinião deste autor o exemplo típico de contratos que trazem lesão na realidade brasileira são aqueles que visam a aquisição da casa própria de forma financiada em nosso País.

O § 1.º, do art. 157, do CC, recomenda que a desproporção seja apreciada de acordo com os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico. Desse modo, evidencia-se que a lesão é um vício de formação. Anote-se que em havendo desequilíbrio negocial por fato posterior, será aplicada a revisão contratual por imprevisibilidade e onerosidade excessiva, retirada dos arts. 317 e 478 do CC, dispositivos que ainda serão abordados.

Eventualmente, em vez do caminho da anulabilidade do negócio jurídico, conforme prevê o art. 178, II, do CC atual, o art. 157, § 2.º, do diploma civil em vigor determina que a invalidade negocial poderá ser afastada "se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito". Esse oferecimento pelo réu se dá por meio de pedido contraposto na contestação. Esse comando está possibilitando a revisão extrajudicial ou judicial do negócio, constituindo a consagração do princípio da conservação contratual e também da função social do contrato. Sobre tal relação, é interessante transcrever o teor do Enunciado n. 149 do CJF/STJ: "Em atenção ao princípio da conservação dos contratos, a verificação da lesão deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial do negócio jurídico e não à sua anulação, sendo dever do magistrado incitar os contratantes a seguir as regras do art. 157, § 2.º, do Código Civil de 2002". A proposta do enunciado doutrinário foi formulada pelo jurista paraibano Wladimir Alcebíades Marinho Falcão Cunha, que tem obra específica sobre a revisão judicial dos contratos.[141] A conclusão, assim, é de que na lesão a regra é a revisão do contrato e não a sua anulação.

Confirmando a tese de que a revisão do negócio é a regra, na *IV Jornada de Direito Civil*, foi

aprovado o Enunciado n. 291 do CJF/STJ, prevendo que "Nas hipóteses de lesão previstas no art. 157 do Código Civil, pode o lesionado optar por não pleitear a anulação do negócio jurídico, deduzindo, desde logo, pretensão com vistas à revisão judicial do negócio por meio da redução do proveito do lesionador ou do complemento do preço". Em suma, é plenamente possível que a parte prejudicada ingresse diretamente com uma ação fundada na lesão, pleiteando a revisão do negócio.

Pois bem, para a caracterização da lesão é necessária a presença de um *elemento objetivo*, formado pela desproporção das prestações, a gerar uma onerosidade excessiva, um prejuízo a uma das partes; bem como um *elemento subjetivo*: a premente necessidade ou inexperiência, conforme previsto no *caput* do art. 157. A fórmula a seguir *serve como luva:*

LESÃO = Premente necessidade ou inexperiência (elemento subjetivo) + onerosidade excessiva (elemento objetivo).

O conceito de premente necessidade é genérico e depende de apreciação pelo aplicador da norma. A compra de um imóvel, uma vez que o direito de moradia está previsto no art. 6.º da CF/1988, como um direito social e fundamental, poderá ser tida como premente necessidade? Acreditamos que sim, inclusive pela proposta de personalização do Direito Privado, à luz da proteção da dignidade da pessoa humana. Em casos de vulnerabilidade contratual, como naqueles que envolvem o aderente, para quem o conteúdo do negócio é imposto no contrato de adesão, pode-se entender que a premente necessidade é presumida. Sendo assim, não há como concordar com o teor do Enunciado n. 290 do CJF/STJ, da *IV Jornada de Direito Civil*, segundo o qual não se pode presumir a premente necessidade ou a inexperiência do lesado.

Em relação à inexperiência, na *V Jornada de Direito Civil* aprovou-se enunciado doutrinário prevendo que a sua ideia não deve necessariamente significar imaturidade ou desconhecimento em relação à prática de negócios jurídicos em geral, podendo ocorrer também quando o lesado, ainda que estipule contratos costumeiramente, não tenha o conhecimento específico sobre o negócio em causa (Enunciado n. 410). A ementa procura ampliar o conceito de inexperiência, tutelando inclusive os casos de hipossuficiência e contando com o apoio do presente autor.

Superado o estudo dos elementos estruturais da lesão, é interessante trazer distinção categórica, eis que não se pode confundir a lesão do art. 157 do CC/2002 – que pode ser conceituada como *lesão subjetiva* –, da *lesão objetiva*, caracterizada pela simples presença da onerosidade excessiva, não se discutindo a questão volitiva.[142] Porém, é possível afirmar que dentro do conceito de *lesão subjetiva* está a lesão objetiva, pela menção à prestação desproporcional, que consta do art. 157 do CC.

Cite-se, neste ponto, que a lesão subjetiva, vício do negócio jurídico, encontrava-se prevista no art. 4.º da Lei de Proteção à Economia Popular, Lei 1.521/1951, que define como crime a prática de

"obter, ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida". Essa forma de lesão era conceituada como *lesão usurária*, presente, por exemplo, nos casos de cobrança de juros abusivos ou de anatocismo (capitalização de juros sobre juros). A *lesão usurária* também é implícita ao Decreto 22.626/1933 (Lei de Usura).

No que concerne a essa *lesão usurária*, restam dúvidas quanto à possibilidade de gerar a nulidade absoluta do negócio jurídico celebrado. Isso porque o art. 11 da Lei de Usura (Decreto 22.626/1933) menciona que qualquer infração ao que constar naquela lei é capaz de gerar nulidade plena e absoluta do pacto. Por certo é que a lesão do art. 157 do CC, regra geral, gera anulabilidade pelo teor do próprio Código Civil (art. 171, II). Como resolver a questão?

Adotando a conservação contratual, princípio anexo à função social do contrato, este autor é adepto do posicionamento pela anulabilidade também da lesão usurária. Isso porque, como visto, deve sempre o magistrado procurar a revisão do negócio, mantendo a vontade manifestada pelas partes.

Apesar de similar, a lesão não se confunde com o dolo. Quanto a essa diferenciação, consigne-se o teor do Enunciado n. 150 do CJF/STJ, aprovado na *III Jornada de Direito Civil*, pelo qual: "a lesão que trata o art. 157 do Código Civil não exige dolo de aproveitamento". A lesão exige apenas dois elementos: a premente necessidade ou inexperiência e a onerosidade excessiva, elementos estes que não se confundem com o artifício ardiloso presente no dolo. Vale lembrar que o dolo de aproveitamento é aquele que traz um benefício patrimonial do agente. Esse Enunciado n. 150 do CJF/STJ serve ainda para distinguir a lesão do art. 157 do CC da lesão usurária, pois a última exige o referido dolo de aproveitamento.

Por fim, a lesão não se confunde com o estado de perigo, consoante quadro esquemático comparativo com semelhanças e diferenças que consta a seguir:

Lesão (art. 157 do CC)	**Estado de Perigo (art. 156 do CC)**
Elemento subjetivo: premente necessidade ou inexperiência.	Elemento Subjetivo: perigo que acomete o próprio negociante, pessoa de sua família ou amigo íntimo, sendo esse perigo de conhecimento do outro negociante.
Elemento objetivo: prestação manifestamente desproporcional (lesão objetiva).	Elemento objetivo: obrigação excessivamente onerosa (lesão objetiva).
Aplica-se a revisão negocial pela regra expressa do art. 157, § 2.°, do CC, hipótese de subsunção.	Há entendimento doutrinário de aplicação analógica do art. 157, §2.°, do CC, visando a conservação negocial. Adotada essa tese, há hipótese de integração, não de subsunção.

2.5.5.6 *Da simulação. O enquadramento da reserva mental*

Conforme outrora destacado, a simulação recebeu novo tratamento pelo Código Civil de 2002 (art. 167), o que vem sendo amplamente debatido pela civilística nacional. A primeira dúvida que existe em relação à simulação é se constitui esta um vício social do negócio jurídico ou causa para a sua nulidade absoluta. Como primeira corrente, entendendo que a simulação ainda continua sendo um vício social do negócio jurídico, podem se citados Maria Helena Diniz,[143] Sílvio de Salvo Venosa[144] e Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho.[145] Estamos filiados a essa corrente, ou seja, a simulação continua sendo vício social do negócio jurídico, mas que causa a sua nulidade.

Entretanto, essa conclusão está longe de ser pacífica. A título de exemplo, na doutrina atual, Inácio de Carvalho Neto,[146] Paulo Lôbo[147] e Francisco Amaral[148] entendem que a simulação deixou de ser um vício social do negócio jurídico. Para o último doutrinador, a simulação acaba "resultando da incompatibilidade entre esta e a finalidade prática desejada concretamente pelas partes, que desejariam, na verdade, atingir o objetivo diverso da função típica do negócio".[149] A simulação, para o culto professor, atinge a *causa negocial*.

Superada essa questão categórica, partindo para o seu conceito, na simulação há um desacordo entre a vontade declarada ou manifestada e a vontade interna. Em suma, *há uma discrepância entre a vontade e a declaração; entre a essência e a aparência*.

A simulação pode ser alegada por terceiros que não fazem parte do negócio, mas também por uma parte contra a outra, conforme reconhece o Enunciado n. 294 do CJF/STJ, aprovado na *IV Jornada de Direito Civil*. Assim, fica superada a regra que constava do art. 104 do CC/1916, pela qual, na simulação, os simuladores não poderiam alegar o vício um contra o outro, pois ninguém poderia se beneficiar da própria torpeza. A regra não mais prevalece, pois a simulação, em qualquer modalidade, passou a gerar a nulidade do negócio jurídico, sendo questão de ordem pública.

Na simulação, as duas partes contratantes estão combinadas e objetivam iludir terceiros. Como se percebe, sem dúvida, há um vício de repercussão social, equiparável à fraude contra credores, mas que gera a nulidade e não anulabilidade do negócio celebrado, conforme a inovação constante do art. 167 do CC.

Anteriormente, a simulação somente viciava o negócio jurídico quando houvesse clara intenção de prejudicar terceiros, objetivando o enriquecimento sem causa. Mas esse entendimento não pode mais prevalecer. Segundo o Enunciado n. 152, aprovado na *III Jornada de Direito Civil*, promovida pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, "toda simulação, inclusive a inocente, é invalidante". Dessa forma, reputamos que não tem mais qualquer repercussão prática a classificação anterior de simulação maliciosa e inocente, a última tida anteriormente como aquela que não trazia a intenção de prejudicar terceiros. Em havendo simulação de qualquer espécie, o ato é nulo de pleno direito, por atentar contra a ordem pública, como vício social.

Apesar de esse entendimento ter prevalecido na *III Jornada de Direito Civil*, também está

longe de ser pacífico. Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, a simulação inocente não pode nulificar o negócio jurídico, pois, "não havendo intenção de prejudicar a terceiros ou mesmo de violar a lei, não parece producente invalidar o negócio jurídico".[150] No mesmo sentido pensa Sílvio de Salvo Venosa, para quem "a simulação inocente, enquanto tal, não leva à anulabilidade do ato porque não traz prejuízo a terceiros. O ordenamento não a considera defeito".[151] Com o devido respeito, não há como concordar, pois na simulação a causa da nulidade está relacionada com a repercussão social condenável do ato, e não com a intenção das partes. A presunção de dano social, em suma, faz-se presente na simulação.

Em reforço, anote-se que o atual Código Civil não reproduz o art. 103 do CC/1916, segundo o qual a simulação não se consideraria defeito quando não houvesse intenção de prejudicar a terceiros ou de violar disposição de lei. Esta é outra razão para dizer que não há que se falar mais em *simulação inocente*. Esse entendimento é confirmado, entre outros, por Zeno Veloso, para quem "O Código Civil de 2002 não repetiu o preceito, não traz essa ressalva. Seja inocente ou maliciosa, a simulação é sempre causa de nulidade do negócio jurídico".[152]

Como foi destacado, o art. 167 do CC reconhece a nulidade absoluta do negócio jurídico simulado, mas prevê que subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma. O dispositivo trata da *simulação relativa*, aquela em que, na aparência, há um negócio; e na essência, outro. Dessa maneira, percebe-se na simulação relativa dois negócios: um aparente (*simulado)* e um escondido *(dissimulado)*. Eventualmente, esse *negócio camuflado* pode ser tido como válido, no caso de simulação relativa. Segundo o Enunciado n. 153 do CJF/STJ, também aprovado na *III Jornada de Direito Civil*, "na simulação relativa, o negócio simulado (aparente) é nulo, mas o dissimulado será válido se não ofender a lei nem causar prejuízo a terceiros". Completando, na *IV Jornada de Direito Civil*, aprovou-se o Enunciado n. 293, pelo qual "Na simulação relativa, o aproveitamento do negócio jurídico dissimulado não decorre tão somente do afastamento do negócio jurídico simulado, mas do necessário preenchimento de todos os requisitos substanciais e formais de validade daquele".

Para exemplificar, ilustre-se com o caso em que um proprietário cede um imóvel a outrem celebrando, na aparência, um contrato de comodato. Mas, *por detrás dos panos* é cobrado aluguel, havendo uma locação. Aplicando a regra comentada e o teor do enunciado, o comodato é inválido, mas a locação é válida, desde que não ofenda a lei ou os direitos de terceiros e tenha todos os requisitos de validade (art. 104 do CC). Mais uma vez, com esse entendimento, há a busca pela conservação negocial, pela manutenção da autonomia privada.

O art. 167, § 1.º, do CC consagra casos em que ocorre a simulação, a saber:

> a) De negócios jurídicos que visam a conferir ou a transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem ou transmitem (*simulação subjetiva*).

b) De negócios que contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira (modalidade de *simulação objetiva*).

c) De negócios cujos instrumentos particulares forem antedatados ou pós-datados (outra forma de *simulação objetiva*).

Sem prejuízo desses casos, em outros a simulação pode estar presente todas as vezes em que houver uma disparidade entre a vontade manifestada e a vontade oculta. Isso faz com que o rol previsto no art. 167 do CC seja meramente exemplificativo (*numerus apertus*), e não taxativo (*numerus clausus*).

O § 2.º do art. 167 ressalva os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado, mantendo relação direta com o princípio da boa-fé objetiva. Traz esse comando legal a *inoponibilidade do negócio simulado frente a terceiros de boa-fé*. Interpretando esse dispositivo (art. 167, § 2.º, do CC), pode-se dizer que o princípio da boa-fé objetiva envolve ordem pública, a exemplo do que ocorre com a função social do contrato (art. 2.035, parágrafo único, do CC). Isso porque o ato simulado é nulo, envolvendo ordem pública, sendo o caso de nulidade absoluta. Ora, para que o ato seja válido perante terceiros de boa-fé, a boa-fé objetiva deve também ser um preceito de ordem pública. Pois se assim não fosse, não poderia a boa-fé *vencer* o ato simulado.

A partir de todas essas lições, quanto ao conteúdo, a simulação pode ser assim classificada:

a) *Simulação absoluta* – situação em que na aparência se tem determinado negócio, mas na essência a parte não deseja negócio algum. Como exemplo, ilustre-se a situação em que um pai doa imóvel para filho, com o devido registro no Cartório de Registro de Imóveis, mas continua usufruindo dele, exercendo os poderes do domínio sobre a coisa. Mesmo o ato sendo praticado com intuito de fraude contra credores, prevalece a simulação, por envolver ordem pública, sendo nulo de pleno direito.

b) *Simulação relativa* – situação em que o negociante celebra um negócio na aparência, mas na essência almeja um outro ato jurídico, conforme outrora já exemplificado quanto ao comodato e à locação. A simulação relativa, mais comum de ocorrer na prática, pode ser assim subclassificada:

- *Simulação relativa subjetiva* – caso em que o vício social acomete o elemento subjetivo do negócio, pessoa com que este é celebrado (art. 167, § 1.º, I, do CC). A parte celebra o negócio com uma parte na aparência, mas com outra na essência, entrando no negócio a figura do *testa de ferro*, *laranja* ou *homem de palha*, que muitas vezes substitui somente de fato aquela pessoa que realmente celebra o negócio jurídico ou contrato. Trata-se do *negócio jurídico celebrado por interposta pessoa*.
- *Simulação relativa objetiva* – caso em que o vício social acomete o elemento objetivo do negócio jurídico celebrado, o seu conteúdo. Celebra-se um negócio jurídico, mas na realidade há uma outra figura obrigacional, sendo mascarados os seus elementos verdadeiros. Como exemplo, repise-se: para burlar o fisco, determinada pessoa celebra um contrato de comodato de determinado imóvel, cobrando aluguel do comodatário. Na aparência, há um contrato de empréstimo, mas na essência, trata-se de uma locação.

Em todos os casos, não importa mais a diferenciação acima construída e sem prejuízo de outras

teses defendidas pela doutrina, o negócio celebrado é nulo, pelo fato de a simulação envolver preceitos de ordem pública. Dessa forma, é forçoso concluir que a classificação apontada perde a sua importância prática. Pelo sistema anterior, considerava-se a simulação relativa como causa de anulabilidade, e a simulação absoluta, de nulidade.

A encerrar o tratamento da simulação, algumas palavras devem ser ditas a respeito da categoria da *reserva mental*.

A *reserva mental ou reticência essencial*, prevista no art. 110 do CC, quando ilícita e conhecida do destinatário, é vício social similar à simulação absoluta gerando a nulidade do negócio jurídico. Aqui, é interessante transcrever o inteiro teor do comando em questão: "A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento". A redação é complicada, até de difícil compreensão, distante da operabilidade que orienta o Código Civil de 2002.

Sobre esse novo conceito, anotam Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado que "entende-se por reserva mental a emissão intencional de uma declaração não querida em seu conteúdo. Se o declarante diz o que não pretende e o destinatário não sabia que o declarante estava blefando, subsiste o ato. Na hipótese inversa, quando o destinatário conhecia o blefe, é óbvio que não poderia subsistir o ato, uma vez que ambas as partes estavam sabendo que não havia intenção de produzir efeitos jurídicos. O destinatário não se enganou, logo não poderia querer obrigar declarante, quando sabia que aquela não era a sua manifestação de vontade".[153] Resumindo, a reserva mental opera da seguinte forma:

– Se a outra parte dela não tem conhecimento, o negócio é válido.
– Se a outra parte conhece a reserva mental, o negócio é nulo, pois o instituto é similar à simulação.

Na reserva mental, o propósito pode ser tanto de prejudicar o declaratário – o outro negociante –, quanto terceiros, conforme anotam Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery.[154] Para esses doutrinadores, contudo, o ato atingido pela reserva mental seria inexistente, não nulo. Todavia, conforme outrora exposto, o autor da presente obra está filiado ao entendimento pelo qual a reserva mental ilícita gera nulidade absoluta do negócio, como quer Maria Helena Diniz.[155] Do mesmo modo entendendo pela nulidade, leciona Sílvio de Salvo Venosa:

> "Quando a reserva mental é de conhecimento do declaratário, a situação em muito se aproxima da simulação, do acordo simulatório, tanto que, nessa hipótese, parte da doutrina equipara ambos os institutos. No entanto, o que caracteriza primordialmente a reserva mental é a convicção do declarante de que o declaratário ignora a mentira. Todavia, se o declaratário efetivamente sabe da reserva e com ele compactua, os efeitos inelutavelmente serão de simulação, com aplicação do art. 167."[156]

Igualmente, Álvaro Villaça Azevedo afirma que "a reserva mental conhecida pelo destinatário considera-se simulação, sendo, portanto, nulo o negócio jurídico simulado, nos termos do art. 167, *caput*, 1.ª parte, do atual Código Civil".[157] De fato, esse último enquadramento parece o melhor no aspecto técnico-jurídico, seguindo as lições do Mestre das Arcadas.

Por fim quanto à matéria, é interessante aqui apontar os exemplos de reserva mental indicados por Nelson Nery e Rosa Nery.[158] Como se poderá perceber, a similaridade com a simulação é imensa:

a) Declaração do autor de uma obra literária que anuncia que o produto da venda de seus livros será destinado a uma instituição de caridade. Entretanto, o único objetivo é aumentar a venda das obras. Se os compradores dos livros têm conhecimento da reserva, a venda pode ser nulificada.

b) Declaração do testador que, com o objetivo de prejudicar herdeiro, faz disposição em benefício de quem se diz devedor, o que não é verdade.

c) Um homem visando exclusivamente ter relação sexual com uma mulher diz que a tomará como esposa.

d) Uma pessoa declara verbalmente a outra vender-lhe certo bem móvel para enganá-lo, julgando erradamente que a lei sujeita essa venda a escritura pública, pelo qual será nulo o contrato por vício de forma.

e) Estrangeiro em situação irregular no País casa-se com mulher brasileira para não ser expulso pelo serviço de imigração. Se a mulher sabe dessa omissão feita, o casamento será nulo. Se não sabe, o casamento permanece válido.

f) Promessa de mútuo feita a um moribundo insolvente como motivo de consolo.

Os exemplos são interessantes para a compreensão do instituto. Todavia, em uma análise crítica, percebe-se que a reserva mental teve pouca aplicação prática nesses mais de dez anos de Código Civil. Surgiu como grande novidade, mas repercutiu muito pouco.

2.5.5.7 *Da fraude contra credores*

Constitui fraude contra credores a atuação maliciosa do devedor, em estado de insolvência ou na iminência de assim tornar-se, que dispõe de maneira gratuita ou onerosa o seu patrimônio, para afastar a possibilidade de responderem os seus bens por obrigações assumidas em momento anterior à transmissão.

Exemplificando, se *A* tem conhecimento da iminência do vencimento de dívidas em data próxima, em relação a vários credores, e vende a *B* imóvel de seu patrimônio, havendo conhecimento deste do estado de insolvência, estará configurado o vício social a acometer esse negócio jurídico. Mesma conclusão serve para o caso de doação (disposição gratuita).

De acordo com o art. 158 do CC, estão incluídas as hipóteses de remissão ou perdão de dívida, estando caracterizado o ato fraudulento toda vez que o devedor estiver insolvente ou beirando à

insolvência. Em situações tais, caberá ação anulatória por parte de credores quirografários eventualmente prejudicados, desde que proposta no prazo decadencial de quatro anos, contados da celebração do negócio fraudulento (art. 178, II, do CC). Essa ação anulatória é denominada pela doutrina *ação pauliana* ou *ação revocatória*, seguindo rito ordinário (art. 282 e seguintes do CPC).

Igual direito tem o credor cuja garantia se tornar insuficiente (art. 158, § 1.º, do CC). Conforme o Enunciado n. 151 do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, aprovado na *III Jornada de Direito Civil*, “o ajuizamento da ação pauliana pelo credor com garantia real (art. 158, § 1.º) prescinde de prévio reconhecimento judicial da insuficiência da garantia”.

Todavia, somente os credores que já o eram no momento da disposição fraudulenta poderão promover a referida *ação pauliana* (art. 158, § 2.º, do CC). Quanto ao último dispositivo, na *IV Jornada de Direito Civil*, foi aprovado o Enunciado n. 292, prevendo que “para os efeitos do art. 158, § 2.º, a anterioridade do crédito é determinada pela causa que lhe dá origem, independentemente de seu conhecimento por decisão judicial.” Analisando tal questão, vejamos instigante acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que diz respeito à existência de fraude contra credores diante da celebração de compromisso de compra e venda de imóvel:

> “Processo civil e civil. Recurso especial. Fraude contra credores. Anterioridade do crédito. Art. 106, parágrafo único, CC/16 (art. 158, § 2.º, CC/02). Promessa de compra e venda não registrada. 1. Da literalidade do art. 106, parágrafo único, do CC/16, extrai-se que a afirmação da ocorrência de fraude contra credores depende, para além da prova de *consilium fraudis* e de *eventus damni*, da anterioridade do crédito em relação ao ato impugnado. 2. É com o registro da promessa de compra e venda no Cartório de Registro de Imóveis que o direito do promissário comprador alcança terceiros estranhos à relação contratual originária. 3. A promessa de compra e venda não registrada e desacompanhada de qualquer outro elemento que possa evidenciar a alienação do imóvel, não afasta a anterioridade do crédito. 4. Recurso especial não provido” (STJ, REsp 1.217.593/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 12.03.2013, *DJe* 18.03.2013).

Insta anotar que não obstante a lei prever expressamente a solução de anulabilidade do ato praticado em fraude contra credores, parte da doutrina e da jurisprudência considera o ato como sendo meramente ineficaz (por todos, ver julgado publicado no recente *Informativo* n. *467* do STJ, de março de 2011). De fato, essa parece ser a melhor solução, a ser adotada de *lege ferenda*, pois anulado o negócio jurídico o bem volta ao patrimônio do devedor. Tal situação pode criar injustiças, pois não necessariamente aquele credor que ingressou com a ação anulatória obterá a satisfação patrimonial.

Pois bem, na fraude contra credores, em regra, há um *elemento objetivo*, formado pela atuação prejudicial do devedor e de terceiro, bem como um *elemento subjetivo*, volitivo, a intenção de prejudicar os credores do primeiro (*consilium fraudis*). A fórmula é, portanto, a seguinte:

FRAUDE CONTRA CREDORES = Intenção de prejudicar credores (elemento subjetivo) + atuação em prejuízo aos credores (elemento objetivo).

Para que o negócio seja anulado, portanto e em regra, necessária a presença da *colusão*, conluio fraudulento entre aquele que dispõe o bem e aquele que o adquire. O prejuízo causado ao credor (*eventus damni*) também é apontado como elemento objetivo da fraude. Não havendo tais requisitos, não há que se falar em anulabilidade do ato celebrado, para as hipóteses de negócios onerosos, como na compra e venda efetivada com objetivo de prejudicar eventuais credores.

Entretanto, para os casos de disposição gratuita de bens, ou de remissão de dívidas (perdão de dívidas), o art. 158 do CC dispensa a presença do elemento subjetivo (*consilium fraudis*), bastando o evento danoso ao credor. Isso porque o dispositivo em comento enuncia que, nesses casos, tais negócios podem ser anulados ainda quando o adquirente ignore o estado de insolvência.

Vejamos o quadro a seguir para elucidar a matéria:

Disposição onerosa de bens com intuito de fraude	Conluio fraudulento (*consilium fraudis*) + evento danoso (*eventus damni*).
Disposição gratuita de bens ou remissão de dívidas	Basta o evento danoso (*eventus damni*).

Segundo o art. 159 do CC/2002, "serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante." Consagra esse dispositivo uma presunção relativa ou *iuris tantum* do *consilium fraudis*, a caracterizar o vício social do negócio jurídico. Ilustrando, o Tribunal Paulista presumiu tal concílio de fraude diante de uma venda de bens entre irmãos (nesse sentido, ver: TJSP, Apelação Cível 620.988.4/3, Acórdão 3491578, Franca, 4.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Maia da Cunha, j. 12.02.2009, *DJESP* 24.03.2009).

De acordo com o art. 160 da codificação, "se o adquirente dos bens do devedor insolvente ainda não tiver pago o preço e este for, aproximadamente, o corrente, desobrigar-se-á depositando-o em juízo, com a citação de todos os interessados". Trata-se da denominada *fraude não ultimada*. Mas, se for inferior o preço, o adquirente, para conservar os bens, poderá depositar o montante que lhes corresponda ao valor real – parágrafo único do dispositivo –, outra consagração do princípio da conservação contratual. Ao contrário da lei anterior (art. 108 do CC/1916), não há mais menção à exigência de citação por edital de todos os interessados, disciplina que cabe agora à lei processual.

A *ação pauliana* ou *revocatória* deve ser proposta pelos credores quirografários contra o devedor insolvente, podendo também ser promovida contra a pessoa que celebrou negócio jurídico com o fraudador ou terceiros adquirentes, que hajam procedido de má-fé (art. 161 do CC). O caso é de *litisconsórcio passivo necessário*, nos termos do art. 46 do CPC (ver: STJ, REsp 750.135/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 12.04.2011).

Essa *ação pauliana* afasta o enriquecimento sem causa das partes envolvidas com a fraude, ato unilateral condenado pelos arts. 884 a 886 do CC em sintonia com a socialidade, repondo o bem alienado no acervo do devedor, visando futura satisfação da dívida anterior.

De toda sorte, esclareça-se que, em face de terceiros, a ação pauliana somente poderá ser proposta e surtirá os efeitos desejados se comprovada a sua má-fé. Não sendo o caso, os terceiros estão protegidos, o que representa clara aplicação da teoria da aparência e do princípio da boa-fé. Vários são os julgamentos que reconhecem tal proteção, podendo ser transcrito o seguinte, do Superior Tribunal de Justiça, publicado no seu *Informativo* n. *521*:

> "Direito Civil. Manutenção da eficácia de negócio jurídico realizado por terceiro de boa-fé diante do reconhecimento de fraude contra credores. O reconhecimento de fraude contra credores em ação pauliana, após a constatação da existência de sucessivas alienações fraudulentas na cadeia dominial de imóvel que originariamente pertencia ao acervo patrimonial do devedor, não torna ineficaz o negócio jurídico por meio do qual o último proprietário adquiriu, de boa-fé e a título oneroso, o referido bem, devendo-se condenar os réus que agiram de má-fé em prejuízo do autor a indenizá-lo pelo valor equivalente ao dos bens transmitidos em fraude contra o credor. Cumpre ressaltar, de início, que, na ação pauliana, o autor tem como objetivo o reconhecimento da ineficácia (relativa) de ato jurídico fraudulento nos limites do débito do devedor com o credor lesado pela fraude. A lei, entretanto, não tem dispositivo que regulamente, de forma expressa, os efeitos do reconhecimento da fraude contra credores na hipótese em que a ineficácia dela decorrente não puder atingir um resultado útil, por encontrar-se o bem em poder de terceiro de boa-fé. Nesse contexto, poder-se-ia cogitar que a este incumbiria buscar indenização por perdas e danos em ação própria, ainda que se tratasse de aquisição onerosa. Todavia, essa solução seria contrária ao art. 109 do CC/1916 – correspondente ao artigo 161 do CC/2002 – e também ao art. 158 do CC/1916 – que tem redação similar à do artigo 182 do CC/2002 –, cujo teor dispunha que, anulado o ato, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas pelo equivalente. Desse modo, inalcançável o bem em mãos de terceiro de boa-fé, cabe ao alienante, que o adquiriu de má-fé, indenizar o credor. Deve-se, portanto, resguardar os interesses dos terceiros de boa-fé e condenar os réus que agiram de má-fé em prejuízo do autor a indenizá-lo pelo valor equivalente ao dos bens transmitidos em fraude contra o credor – medida essa que se atém aos limites do pedido da petição inicial da ação pauliana, relativo à recomposição do patrimônio do devedor com os mesmos bens existentes antes da prática do ato viciado ou pelo seu equivalente. A propósito, a aludida conclusão, *mutatis mutandis*, vai ao encontro da Súmula 92/STJ, que orienta que 'a terceiro de boa-fé não é oponível a alienação fiduciária não anotada no certificado de registro do veículo automotor'. Precedente citado: REsp 28.521-RJ, Quarta Turma, DJ de 21/11/1994" (STJ, REsp 1.100.525/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 16.04.2013).

A decisão é interessante pelo fato de existirem dois envolvidos na cadeia de transmissão do bem, com má e boa-fé, respectivamente. Como o ato deveria ter sido mantido em relação ao último, encontrou-se uma solução correta para aquele que não estava movido pela boa conduta negocial, tendo que indenizar o credor prejudicado.

Esclarecido esse importante aspecto e seguindo no estudo da categoria, é vital citar o teor da Súmula 195 do STJ, pela qual, "em embargos de terceiro não se anula ato jurídico, por fraude contra credores". Assim, imperiosa a necessidade de se promover a dita *ação pauliana*, não substituída pelos embargos de terceiro. Todavia, o mesmo Superior Tribunal de Justiça tem analisado a fraude à execução em sede de embargos de terceiro (nesse sentido, ver: STJ, Ag. no REsp 726.549/RS, j.

14.06.2005, 1.ª Turma). As diferenças entre os institutos da fraude contra credores e a fraude à execução ainda serão expostas.

Em havendo eventual insolvência do devedor não empresário (ou sociedade empresária, para a qual se aplica a Lei 11.101/2005 – nova Lei de Falências), deverá ser aberto concurso de credores, entrando todos os sujeitos ativos obrigacionais em rateio, na proporção de suas dívidas. Dessa forma, dispõe o art. 162 do atual Código que o credor quirografário, que receber do devedor insolvente o pagamento da dívida ainda não vencida, ficará obrigado a repor, em proveito do acervo sobre que se tenha de efetuar o concurso de credores, aquilo que recebeu.

Também nos casos de insolvência, "anulados os negócios fraudulentos, a vantagem resultante reverterá em proveito do acervo sobre que se tenha de efetuar o concurso de credores" (art. 165 do CC). "Se esses negócios tinham por único objeto atribuir direitos preferenciais, mediante hipoteca, penhor ou anticrese, sua invalidade importará somente na anulação da preferência ajustada" (art. 165, parágrafo único, do CC).

Prevê o art. 163 da norma civil codificada a presunção de fraude dos direitos dos outros credores em relação às garantias de dívidas que o devedor insolvente tiver dado a algum credor, caso de presunção relativa (*iuris tantum*). Para Renan Lotufo, "há fraude porque a coisa dada em garantia sairá do patrimônio do devedor com o fim de assegurar o direito real, antes que se inicie o rateio paritário. Como isso, os demais credores receberão menos do que aquele que tinha igualdade de condições com eles. É justamente tal diferenciação que a lei visa evitar, presumindo como fraudulento o procedimento do insolvente".[159]

O art. 164 do CC traz uma presunção relativa de boa-fé, relacionada com negócios ordinários indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, rural, ou industrial, ou à subsistência do devedor e de sua família. De acordo com esse comando legal, "presumem-se, porém, de boa-fé e valem os negócios jurídicos ordinários indispensáveis à manutenção do estabelecimento mercantil, rural, ou industrial, ou à subsistência do devedor e de sua família". Pode-se dizer que a parte final do comando legal traz como conteúdo a *função social da empresa*, para atender aos interesses do núcleo familiar.

Esse dispositivo denota ainda a boa-fé objetiva aplicável ao âmbito empresarial. Há também a ideia de *patrimônio mínimo empresarial*, transpondo-se a tese de Luiz Edson Fachin para as pessoas jurídicas. Aplicando muito bem o dispositivo, julgou o Tribunal de Justiça do Distrito Federal que "a fraude contra credores só se presume quando há transmissão gratuita de bens, remissão de dívidas, antecipação de dívida, pagamento de dívidas não vencidas e outorga de direitos preferenciais a um dos credores, o que não é o caso dos autos, onde houve apenas uma cessão de direitos entre a filha da devedora, que adquiriu determinado bem imóvel, através de cessão de direitos, em nome próprio, estabelecendo usufruto em favor da mãe, que figura como primeira ré nesta ação. Usufruto, aliás, insuscetível de registro, porque o lote encontra-se localizado em condomínio irregular. Simplesmente

isto! Por se tratar de bem de família, aplica-se ao caso dos autos o art. 164 do CC/2002, segundo o qual se presumem 'de boa-fé e valem os negócios ordinários indispensáveis à manutenção de estabelecimento mercantil, rural, ou industrial, ou à subsistência do devedor e de sua família'" (TJDFT, Acórdão 566722, 20070111125658, Rel. João Egmont, Revisor: Alvaro Luis de Araujo Sales Ciarlini, 5.ª Turma Cível, j. 15.02.2012, *DJE* 28.02.2012, p. 163). Aguarda-se o surgimento de outros entendimentos na mesma linha.

A findar o estudo do instituto, destaque-se que *não se pode confundir a fraude contra credores com a fraude à execução*.

Inicialmente, a primeira constitui instituto de Direito Civil, enquanto a segunda, instituto de Direito Processual Civil, tratada no art. 593 do CPC. Ocorre a fraude à execução quando, ao tempo da alienação do bem, já corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência. Mas, apesar da expressão utilizada pelo dispositivo processual, "pouco importa se a demanda era ou não capaz de tornar o devedor insolvente. A insolvência deve ser resultado do ato de alienação ou oneração realizada no curso do processo para que seja considerada em fraude de execução".[160]

Tal demanda pode ser uma ação executiva ou ação condenatória. Prevalece o entendimento pelo qual, para a sua caracterização, deve o fraudador ter sido ao menos *citado* em uma das referidas demandas. Com todo o respeito a esse posicionamento, filiamo-nos à corrente que aponta bastar a simples propositura da demanda para que a fraude à execução esteja caracterizada, medida que é a mais justa, principalmente pela morosidade que acomete o Poder Judiciário. Exemplificando, se determinada pessoa tem contra si proposta ação de execução cujo objeto é de valor considerável e, após a distribuição desta, vende todo o seu patrimônio, estará presente a fraude de execução.

Entretanto, o entendimento do STJ apontava ser necessária a citação válida para a caracterização da fraude à execução. Porém, como se verá, houve uma mudança de entendimento do STJ, diante da sua recente Súmula 375, editada em março de 2009, e que ainda será comentada.

Superado esse ponto, na fraude à execução não há necessidade de o credor promover *ação pauliana*, uma vez que o ato não é anulável, mas ineficaz perante a ação de execução ou condenatória. Portanto, a alienação ocorrida em fraude à execução pode ser declarada ineficaz e reconhecida no próprio processo de execução mediante simples requerimento da parte lesada. Os bens penhorados podem, como regra, ser vendidos, desde que o comprador tenha ciência e aceite o fato da penhora. Mas, independentemente dessa venda, os bens penhorados continuam gravados e vinculados ao processo de execução.

Na fraude à execução, sempre se entendeu não haver necessidade de prova do conluio, havendo presunção absoluta (*iure et de iure*) da sua presença. Dessa forma, em regra, não haveria a necessidade de o exequente (ou autor) provar o *consilium fraudis*. Isso porque na fraude à execução o vício é mais grave do que na fraude contra credores, envolvendo ordem pública, por atentado à

atuação do Poder Judiciário.

De qualquer forma, cumpre esclarecer que a doutrina e a jurisprudência já vinham apontado uma tendência de subjetivação da responsabilidade na fraude à execução, ou seja, uma tendência de necessidade de prova do conluio e da má-fé do adquirente, o que estaria aproximando o instituto em relação à fraude contra credores. Por todos esses julgados, transcreve-se:

> "Processo civil. Fraude à execução. Terceiro de boa-fé. A ineficácia, proclamada pelo art. 593, II, do Código de Processo Civil, da alienação de imóvel com fraude à execução não pode ser oposta ao terceiro de boa-fé. Embargos de divergência conhecidos, mas não providos" (STJ, EREsp 144.190/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, 2.ª Seção, j. 14.09.2005, *DJ* 01.02.2006, p. 427).

> "Embargos de terceiro. Fraude à execução. Adquirente de boa-fé. Penhora. Inexistência de registro. Alienação feita a antecessor dos embargantes. Ineficácia declarada que não os atinge. 'A sentença faz coisa julgada as partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros' (art. 472 do CPC). Ainda que cancelado o registro concernente à alienação havida entre o executado e os antecessores dos embargantes, a estes – terceiros adquirentes de boa-fé – é permitido o uso dos embargos de terceiro para a defesa de sua posse. Inexistindo registro da penhora sobre bem alienado a terceiro, incumbe ao exequente e embargado fazer a prova de que o terceiro tinha conhecimento da ação ou da constrição judicial. Precedentes do STJ. Recurso especial conhecido e provido" (STJ, REsp 144.190/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, 4.ª Turma, j. 15.03.2005, *DJ* 02.05.2005, p. 353).

Diante dessa mudança de entendimento, foi editada a mencionada Súmula 375 do STJ, prevendo que "O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente". Em suma, houve um *giro de cento e oitenta graus* quanto ao posicionamento jurisprudencial. Em verdade, o teor da súmula até se justifica nos casos de aquisição de imóvel, não se presumindo a má-fé do adquirente se houver demandas em outros estados da federação. Todavia, para os outros casos o seu teor fica em cheque, conforme expõem alguns processualistas em interlocuções com este autor. De qualquer maneira, há uma forte tendência de tutela da boa-fé na jurisprudência nacional, presumindo-a, como faz a súmula.

Por fim, quanto às diferenças entre a fraude contra credores e a fraude à execução, a sentença da ação *pauliana* é constitutiva negativa, enquanto na fraude à execução a decisão que a reconhece tem natureza declaratória, de ineficácia do ato praticado.

Para fins didáticos apresentamos as diferenças no quadro comparativo a seguir concebido:

Fraude contra credores	**Fraude à execução**
Instituto de Direito Civil	Instituto de Direito Processual Civil
O devedor tem várias obrigações assumidas perante credores e aliena de forma gratuita ou onerosa os seus bens, visando prejudicar tais credores.	O executado já citado em ação de execução ou condenatória aliena bens. Há um outro entendimento, pelo qual basta a simples propositura da demanda.

Necessária a presença de dois elementos, em regra: a) *Consilium fraudis* – conluio fraudulento entre devedor e adquirente do bem; b) *Eventus damni* – prejuízo ao credor.	Em regra, bastava a presença de prejuízo ao autor/exequente. Como esse prejuízo também atingiria o Poder Judiciário, sempre se entendeu pela presunção absoluta do conluio fraudulento. Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça passou a entender que a má-fé não pode ser presumida. Foi editada a Súmula 375 do STJ, prevendo que o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente. A súmula aproxima o instituto da fraude à execução da fraude contra credores.
Necessidade de propositura de ação *pauliana* ou revocatória.	Não há necessidade de propositura deação pauliana, podendo ser a fraude reconhecida mediante simples requerimento da parte.
A sentença da ação anulatória tem natureza **constitutiva negativa**, gerando a anulabilidade do negócio jurídico celebrado.	O reconhecimento da fraude à execução tem natureza **declaratória**, gerando a ineficácia do ato celebrado.

2.5.6 Teoria das nulidades do negócio jurídico

De acordo com a melhor doutrina, a expressão *invalidade* em sentido amplo é empregada para designar o negócio que não produz os efeitos desejados pelas partes envolvidas. O Código Civil de 2002 fez a opção de utilizar a expressão, tratada entre os seus arts. 166 a 184, os quais consubstanciam a chamada *teoria das nulidades do negócio jurídico*.

Outros juristas preferem utilizar a expressão ineficácia, que representa a situação em que o negócio jurídico não gera efeitos. Entendemos ser melhor utilizar a expressão que consta da novel lei, sendo certo que o ato inválido é também ineficaz, em regra, diante da *Escada Ponteana*, outrora demonstrada.

Assim, a invalidade e a correspondente ineficácia do negócio jurídico abrangem, segundo a clássica doutrina do Direito Civil:

A invalidade do negócio jurídico abrange:	A inexistência do negócio jurídico.
	A nulidade absoluta – negócio nulo.
	A nulidade relativa ou anulabilidade – negócio anulável.

Ressalte-se que a inexistência do negócio jurídico é estudada neste ponto, pois as situações, muitas vezes, são resolvidas pelo caminho da nulidade. Em reforço, sendo o negócio inexistente, será também inválido.

Os casos que se passa a abordar são importantíssimos para todo o Direito Privado. Nunca é demais lembrar que todo contrato constitui negócio jurídico bilateral. Desse modo, os casos de nulidade e anulabilidade negocial são causas de nulidade e anulabilidade contratual, que geram a extinção dos pactos por causas anteriores ou contemporâneas à sua celebração.

Seguimos então na análise de tais situações, especificamente.

2.5.6.1 *Da inexistência do negócio jurídico*

O negócio inexistente é aquele que não gera efeitos no âmbito jurídico, pois não preencheu os seus requisitos mínimos, constantes do seu plano de existência. São inexistentes os negócios jurídicos que não apresentam os elementos que formam o *suporte fático*: partes, vontade, objeto e forma.

Para os adeptos dessa teoria, em casos tais, não é necessária a declaração da invalidade por decisão judicial, porque o ato jamais chegou a existir – não se invalida o que não existe. Costuma-se dizer: o *ato inexistente é um nada para o direito*. Repise-se, contudo, que alguns juristas não são adeptos da *teoria da inexistência do ato ou negócio jurídico*, uma vez que o Código Civil trata apenas do negócio nulo e anulável.

Desse modo, para a corrente doutrinária que não aceita a ideia de ato inexistente, os casos apontados como de inexistência do negócio jurídico são resolvidos com a solução de nulidade.

Ressalte-se que, como não há qualquer previsão legal quanto à inexistência do negócio jurídico, a teoria da inexistência não foi adotada expressamente pela novel codificação, a exemplo do que ocorreu com o Código de 1916. Como foi demonstrado, o art. 104 do Código Civil de 2002 trata diretamente do plano da validade, assim como o faz a primeira parte do art. 2.035 da mesma codificação. Na realidade, implicitamente, o plano da existência estaria inserido no plano da validade do negócio jurídico. Por isso é que, em tom didático, pode-se afirmar que *o plano da existência está embutido no plano da validade*.

No campo prático, sabe-se que não há sequer a necessidade de se promover a ação correspondente, para declarar o *negócio jurídico inexistente*. Mas, eventualmente, haverá a necessidade de propositura de demanda, a fim de afastar eventuais efeitos decorrentes dessa inexistência de um negócio celebrado, caso, por exemplo, de um casamento. Para essa ação, segundo os adeptos da inexistência, devem ser aplicadas as mesmas regras previstas para a nulidade absoluta.

Nesse ponto, reside uma crítica contundente e prática à teoria da inexistência, por ser muito mais fácil considerar o negócio como nulo, subsumindo as regras previstas para a nulidade absoluta, percorrendo caminho mais tranquilo, didática e juridicamente. Dessa forma, as hipóteses para as quais tais juristas apontam a inexistência são, de forma indireta, casos de nulidade absoluta.

2.5.6.2 *Da nulidade absoluta – Negócio jurídico nulo*

Em sentido amplo, como leciona Maria Helena Diniz, a nulidade é a sanção imposta pela lei

que determina a privação de efeitos jurídicos do ato negocial, praticado em desobediência ao que a norma jurídica prescreve.[161] A nulidade é a consequência prevista em lei, nas hipóteses em que não estão preenchidos os requisitos básicos para a existência válida do ato negocial.

Relembre-se que duas são as espécies de nulidades, concebendo-se a palavra em sentido amplo ou *lato sensu*: nulidade absoluta (nulidade *stricto sensu*) e nulidade relativa (ou anulabilidade). Trataremos, inicialmente, da primeira hipótese.

Nessa, o negócio jurídico não produz efeitos, pela ausência dos requisitos para o seu plano de validade (art. 104 do CC). A nulidade absoluta ofende regramentos ou normas de ordem pública, sendo o negócio absolutamente inválido, cabendo ação correspondente para declarar a ocorrência do vício. O art. 166 do atual CC, em termos gerais, consagra as hipóteses de nulidade, a saber:

a) Quando o negócio for celebrado por absolutamente incapaz, sem a devida representação, conforme rol que consta do art. 3.º CC, já visualizado (inciso I).

b) Na hipótese em que o objeto do negócio for ilícito, impossível, indeterminado ou indeterminável. A impossibilidade do objeto pode ser física ou jurídica (inciso II). Em relação à ilicitude do objeto, na esteira das lições *ponteanas*, trata-se do *ilícito nulificante*, "que tem por pressupostos o ser contrário a direito, isto é, o infringir princípio do ordenamento jurídico (pressuposto objetivo)".[162]

c) Quando o motivo determinante do negócio, para ambas as partes, for ilícito. Como já analisado, o motivo está no plano subjeti do negócio, na intenção das partes. Não se confunde, portanto, com a causa negocial, que reside no plano objetivo. Sobre essa previsão, constante do art. 166, III, do CC, ensina Zeno Veloso que "o negócio, em si, não tem objeto ilícito, mas a nulidade é determinada porque, no caso concreto, houve conluio das partes para alcançar um fim ilegítimo e, eventualmente, criminoso. Por exemplo: vende-se um automóvel para que seja utilizado num sequestro; empresta-se uma arma para matar alguém; aluga-se uma casa para a exploração de lenocínio. A venda, o comodato e o aluguel não são negócios que contrariem o Direito, muito ao contrário, mas são fulminados de nulidade, nos exemplos dados, porque o motivo determinante deles, comum a ambas as partes, era ilícito".[163]

d) Quando o negócio não se revestir da forma prescrita em lei ou quando for preterida alguma solenidade que a lei considera essencial para a sua validade (incisos IV e V). Como a solenidade constitui uma espécie de forma, não haveria a necessidade da última previsão. Assim, os dois incisos devem ser aplicados para o caso de uma compra e venda de imóvel com valor superior a trinta salários-mínimos, em que não foi elaborado o contrato por escritura pública, negócio esse que é nulo de pleno direito.

e) Haverá também nulidade do negócio que tiver como objetivo fraudar a lei imperativa. Quanto à previsão do inciso VI, do art. 166, do CC, ensina Zeno Veloso que a previsão não se confunde com a ilicitude do objeto. Isso porque, na fraude à lei, há uma infringência oblíqua ou indireta da norma proibitiva. A título de exemplo, o jurista cita o caso de uma retrovenda celebrada, cujo objetivo é o de dar aparência de legalidade a um contrato de mútuo em que foram cobrados juros abusivos.[164]

f) Nulo será o negócio quando a lei expressamente o declarar (*nulidade expressa* ou *textual*) ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção (*nulidade implícita* ou *virtual*). Ambas as hipóteses constam do art. 166, VII, do CC. Como caso de *nulidade textual*, exemplifica-se com a vedação da doação universal de todos os bens, sem a reserva do mínimo para a sobrevivência do doador (art. 548 do CC). Como exemplo de *nulidade implícita ou virtual*, vale citar a previsão do art. 426 do CC/2002, pelo qual não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva (vedação do pacto sucessório ou *pacta corvina*). O comando legal, no último caso, apenas veda o ato, não prevendo a sanção, que, no caso, é a *nulidade absoluta virtual*.

Além das situações previstas no art. 166 do CC, já foi estudado que o negócio simulado também é nulo, subsistindo apenas o que se dissimulou (art. 167 do CC). Relembre-se que qualquer modalidade de simulação, mesmo a inocente, é invalidante.

Ainda, conforme analisado quando do estudo dos vícios da vontade, ensina parte da doutrina que o negócio jurídico eivado de coação física (*vis absoluta*) é nulo de pleno direito, pela ausência de vontade, enquadrando-se o paciente na hipótese do art. 3.º, III, do CC. Vale repetir que alguns doutrinadores entendem que a hipótese é de negócio inexistente.

Superada a análise dos casos envolvendo a nulidade absoluta, é imperioso verificar quais *os efeitos e procedimentos* decorrentes do seu reconhecimento.

Inicialmente, quando há nulidade absoluta, deve ser proposta uma *ação declaratória de nulidade* que segue, regra geral, o rito ordinário. Essa ação, diante de sua natureza predominantemente declaratória, é imprescritível, ou melhor tecnicamente, não está sujeita a prescrição ou decadência. A imprescritibilidade também está justificada porque a nulidade absoluta envolve preceitos de ordem pública, impedindo, consequentemente, que o ato convalesça pelo decurso do tempo (art. 169 do CC).

Dessa forma, com a emergência do Código Civil de 2002, não cabe mais a alegação da prescritibilidade em vinte anos (agora, dez anos – art. 205 do CC), da referida ação de nulidade, tese que não pode mais prosperar. Em reforço e oportunamente, será demonstrado que, sobre a prescrição e a decadência, a nova codificação adotou os critérios científicos propostos por Agnelo Amorim Filho, que relaciona a imprescritibilidade às ações declaratórias (*RT* 300/7 e 744/725).

De toda sorte, cabe deixar claro que a questão não é pacífica, especialmente na doutrina, sendo pertinente expor as correntes principais a respeito da controvérsia.

De início, adotando a premissa da imprescritibilidade seguida por este autor, leciona Álvaro Villaça Azevedo que "a ação de nulidade, a seu turno, é imprescritível" (*Teoria geral do direito* ..., 2012, p. 350). Segundo Sílvio de Salvo Venosa, o art. 169 da atual codificação encerrou polêmica anterior, "para extinguir com a divergência na doutrina, o presente Código é expresso em relação à imprescritibilidade do negócio jurídico" (*Código*..., 2010, p. 191). Na mesma linha, Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado ponderam que "esclarece o legislador que o negócio nulo *ipso iure* não pode ser confirmado e que o direito de postular a declaração de sua nulidade não se sujeita à decadência" (*Código*..., 2005, p. 108). Por fim, as palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, para quem, "percebe-se, assim, em que pese antigas divergências doutrinárias, que o ato nulo não prescreve" (*Curso*..., 2012, v. 1, p. 612).

Na jurisprudência superior já se reconhecia, antes mesmo do Código Civil de 2002, que "a ausência de consentimento ou outorga uxória em declaração de transferência de imóvel pertencente ao patrimônio do casal é ato jurídico absolutamente nulo e, por isso, imprescritível, podendo sua

nulidade ser declarada a qualquer tempo, além de não produzir qualquer efeito jurídico. Inaplicabilidade à espécie dos artigos 177 e 178 do Código Civil. Precedentes desta Corte" (STJ, REsp 38.549/SP, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, 3.ª Turma, j. 08.06.2000, *DJ* 28.08.2000, p. 70). Ou, ainda, posicionava-se que: "as nulidades de pleno direito invalidam o registro (Lei n. 6.015/73, art. 214). Princípio da continuidade. Segundo boa parte da doutrina, a nulidade, além de insanável, é imprescritível. Conforme precedente da 3.ª Turma do STJ, 'Resultando provado que a escritura de compra e venda for forjada, o ato é tido como nulo e não convalesce pela prescrição' (REsp. 12.511, *DJ* de 4.11.91)" (STJ, REsp 89.768/RS, Rel. Min. Nilson Naves, 3.ª Turma, j. 04.03.1999, *DJ* 21.06.1999, p. 149).

Os acórdãos mais recentes da Corte Superior não discrepam de tal solução. Vejamos ementa publicada em 2013, seguindo o mesmo caminho da imprescritibilidade da nulidade absoluta:

> "Recursos especiais. Falência. Dação em pagamento. Nulidade. Forma prescrita em lei. Alienação. Terceiros de boa-fé. Decisão que não ultrapassa os limites da lide. Legitimidade. Decadência. Prescrição. Retorno das partes ao estado anterior. Enriquecimento ilícito não configurado. Obrigação contratual. Juros de mora. Termo inicial. Honorários. Ação desconstitutiva. 1. O julgamento que levou em consideração causa de pedir e pedido, aplicando a melhor solução à espécie, não é *extra* nem *ultra petita*. 2. A indenização fixada com base nas circunstâncias próprias do caso (valor do negócio anulado), na legislação pertinente (art. 182 do CC), e em decisão judicial fundamentada e atenta aos limites da controvérsia, não caracteriza enriquecimento ilícito. 3. Tratando-se de ação de nulidade de negócio jurídico e não a típica revocatória, não há que se falar em aplicação do art. 55, do DL 7.661/45, com legitimidade apenas subsidiária dos demais credores em relação ao Síndico da massa. Qualquer credor habilitado é, em princípio, parte legítima para propor a ação de anulação (art. 30, II, do DL 7.661/45). 4. Cuidando-se de ação anulatória, tampouco se aplica o prazo do art. 56, § 1.º, do DL 7.661/45. 5. Os atos nulos não prescrevem, podendo a sua nulidade ser declarada a qualquer tempo. (Precedentes). 6. Constatado que o retorno à situação fática anterior é inviável, não resta ao julgador que declarou nulo negócio jurídico, outro caminho que não a determinação da resolução mediante recompensa monetária, nos termos do art. 182, do Código Civil, que também se aplica à nulidade absoluta. 7. Os honorários na ação de natureza predominantemente desconstitutiva, ainda que tenha como consequência lógica uma condenação, devem ser fixados nos termos do art. 20, § 4.º, do CPC. 8. Tratando-se de obrigação contratual, os juros de mora contam-se a partir da citação (arts. 397, do CC, e 219, do CPC). 9. Recursos Especiais improvidos" (STJ, REsp 1.353.864/GO, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3.ª Turma, j. 07.03.2013, *DJe* 12.03.2013).

Porém, há outra corrente que entende que os atos nulos estão sujeitos ao maior prazo de prescrição previsto em lei para a sua declaração de nulidade, especialmente no que toca aos efeitos patrimoniais. Assim, aplicar-se-ia o prazo geral de prescrição de dez anos, previsto no art. 205 da atual codificação. Essa é a opinião, por exemplo, de Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barboza, citando Caio Mário da Silva Pereira e outros julgados do STJ (*Código*..., 2003, p. 316).

Por fim, é possível expor uma corrente que representa uma *terceira via*, pois há quem sustente que a ação para declarar o ato nulo é sempre imprescritível, aplicando-se a prescrição para outras pretensões decorrentes da nulidade do negócio jurídico. A título de exemplo, eventual pedido de reparação civil estaria sujeito ao prazo de três anos tratado pelo art. 206, § 3.º, inc. V, do atual

Código Civil. Nessa trilha, o Enunciado n. 536, da *VI Jornada de Direito Civil*, evento de 2013: "Resultando do negócio jurídico nulo consequências patrimoniais capazes de ensejar pretensões, é possível, quanto a estas, a incidência da prescrição". As justificativas do enunciado citado merecem destaque:

> "Parece preponderar na doutrina pátria, não sem discordância respeitável, o entendimento de que não há prescrição da pretensão ao reconhecimento de nulidade em negócio jurídico, embora os seus adeptos optem pela apresentação de fundamentos distintos. Nesse sentido, argumenta-se que a ação de nulidade é de natureza constitutiva e, quando não se encontra submetida a prazo decadencial específico, é imprescritível. Na direção contrária, sustenta-se que, quanto às nulidades, a ação manejável é a declaratória, insuscetível de prescrição ou decadência. O tema, na seara pretoriana, ainda não recebeu tratamento uniforme, havendo precedentes tanto pela sujeição à prescrição com a aplicação do prazo geral, quanto pela imprescritibilidade. A redação do art. 169 do Código Civil, ao explicitar que o negócio jurídico eivado de nulidade não subsiste pelo decurso do tempo, favorece a corrente da imprescritibilidade por qualquer dos raciocínios acima, principalmente diante do fato de que o art. 179, em complemento, somente estabelece o prazo genérico de decadência para as hipóteses de negócios anuláveis. Considerada como premissa a imprescritibilidade, deve-se proceder à diferenciação entre o pleito tendente unicamente ao reconhecimento da invalidade dos efeitos patrimoniais dela decorrentes. Quanto a estes, não se pode desconhecer a possibilidade de surgimento de pretensão, de modo a tornar inelutável a incidência da prescrição".

Com o devido respeito, o presente autor entende que os efeitos patrimoniais da ação de nulidade também não estão sujeitos à prescrição, pois a ordem pública relativa ao ato nulo prevalece em casos tais. Em suma, se reconhecida a prescritibilidade da pretensão, a declaração de nulidade pode não produzir qualquer efeito jurídico, inclusive nos casos citados nas justificativas do enunciado doutrinário.

As nulidades absolutas, por envolverem ordem pública, podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir (art. 168 do CC). Também por envolverem o interesse de todos, as nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos (art. 168, parágrafo único, do CC). Trata-se da tão comentada declaração de ofício ou *ex officio* pelo magistrado, sempre indispensável quando os interesses da coletividade estiverem em jogo. Pelo mesmo dispositivo, a nulidade absoluta não pode ser suprida, sanada, pelo magistrado mesmo a pedido da parte interessada.

O citado art. 169 do CC enuncia que o negócio jurídico nulo não pode ser confirmado pelas partes, nem convalesce pelo decurso do tempo. Dessa forma, o ato não pode ser convalidado ou aproveitado. Regra geral, a nulidade absoluta tem um *efeito fatal*, liquidando totalmente o negócio. Consequência prática desse efeito é o que consta do art. 367 do CC, pelo qual não podem ser objeto de novação as obrigações nulas, eivadas de nulidade absoluta.

Como inovação importante, o Código Civil de 2002 admite a conversão do negócio jurídico nulo em outro de natureza diferente, conforme o seu art. 170, que prescreve: "Se o negócio jurídico nulo contiver requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor

que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade".

De qualquer sorte, o dispositivo recebe críticas contundentes da doutrina. Antes mesmo da entrada em vigor do Código de 2002, o tema já havia sido estudado por João Alberto Schützer Del Nero. Comentando o então anteprojeto, o autor já apresentava as seguintes críticas quanto ao atual art. 170 do Código Civil brasileiro: "a) assim como o § 140 do Código Civil alemão e o artigo 1.424 do Código Civil italiano, seria possível a conversão do negócio jurídico apenas em caso de nulidade, não de anulabilidade, nem de ineficácia, em sentido estrito literal do texto – à diferença do artigo 293.º do Código Civil português, que refere expressamente as hipóteses de nulidade e de anulabilidade; b) a expressão 'permitir supor que o teriam querido' não é clara porque tanto poderia referir o querer dirigido ao outro negócio jurídico (e esse parece ser o entendimento mais adequado), como o querer dirigido à subsistência do outro negócio jurídico, ou seja, a chamada 'intenção ou vontade de conversão' (*Konversionsabsicht*, *Konversionswille* ou *animus convertendi*); e c) o emprego do verbo 'subsistir' poderia sugerir que o outro negócio jurídico já estava, por assim dizer, contido no primeiro e, portanto, não haveria propriamente conversão, mas, sim, apenas manutenção do (outro) negócio jurídico".[165]

As críticas se justificam, somando-se o fato de que o dispositivo é mal escrito e de difícil compreensão pela comunidade jurídica em geral.

Quanto ao tema da conversão do negócio nulo, o seu reconhecimento contraria a sistemática anterior, pela qual não era admitido o aproveitamento do negócio jurídico nulo. Com a nulidade absoluta o negócio era aniquilado, *transformando-se em cinzas*. Agora é possível a conversão do negócio nulo em outro negócio jurídico, aproveitando-o em certo sentido. Para tanto, a lei exige um *elemento subjetivo*, eis que é necessário que os contratantes queiram o outro negócio ou contrato para o qual o negócio nulo será convertido. Implicitamente, devem ter conhecimento da nulidade que acomete o pacto celebrado.

Segundo o Enunciado n. 13 do CJF/STJ, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, há também um *requisito objetivo*, eis que "o aspecto objetivo da conversão requer a existência do suporte fático no negócio a converter-se". Pelo que consta do enunciado, é necessário que a situação fática permita a conversão, particularmente pela certa similaridade entre os elementos do negócio nulo e daquele para o qual ocorrerá a conversão. Em outras palavras, o negócio a ser convertido deve apresentar os pressupostos de existência (*suporte fático*) e os requisitos de validade, ou seja, os *dois primeiros degraus da Escada Ponteana*.

Nesse sentido, a conversão do negócio jurídico constitui o meio jurídico pelo qual o negócio nulo, respeitados certos requisitos, transforma-se em outro negócio, totalmente válido, visando à conservação contratual e à manutenção da vontade, da autonomia privada. Constata-se que o art. 170 do CC/2002 consagra uma conversão *subjetiva* e *indireta*. *Subjetiva* porque exige a vontade das partes; *indireta* porque o negócio nulo é convertido em outro.

Passando ao campo concreto, como exemplo de conversão do negócio jurídico nulo, pode ser citada a ausência de escritura pública em venda de imóvel com valor superior a trinta salários-mínimos, o que acarreta a nulidade absoluta do ato, conforme analisado outrora, quando da discussão do art. 108 do CC. Pela aplicação dos arts. 170 e 462 do CC em vigor, há a possibilidade de esse ato ser aproveitado, transformando-se a compra e venda nula em compromisso bilateral de compra e venda – espécie de contrato preliminar. Isso porque o último dispositivo prescreve que "O contrato preliminar, exceto quanto à forma, deve conter todos os requisitos essenciais ao contrato a ser celebrado".

Para tanto, imprescindível que as partes, após manifestações de vontade livres, denotem as suas intenções de celebrar esse novo negócio jurídico, elemento subjetivo sem o qual a conversão não é possível. Além disso, o negócio a ser convertido deve ter os requisitos mínimos do outro negócio, o que possibilita a sua convalidação, mas com outros efeitos jurídicos.

A encerrar a análise da nulidade absoluta, é pertinente recordar que a sentença que declara a nulidade absoluta tem efeitos *erga omnes*, contra todos, diante da emergência da ordem pública. Os efeitos declaratórios dessa decisão são também *ex tunc*, retroativos ou retro-operantes, desde o momento de trânsito em julgado da decisão até o surgimento do negócio tido como nulo. Em outras palavras e no campo concreto, devem ser considerados nulos todos os atos e negócios celebrados nesse lapso temporal.

Deve ser feita a ressalva, voltando a tema antes esposado, de que há uma clara tendência de se tutelar terceiros ou negociantes de boa-fé em face dos atos nulos. Seguindo tal esteira, o preciso Enunciado n. 537, da *VI Jornada de Direito Civil, in verbis:* "A previsão contida no art. 169 não impossibilita que, excepcionalmente, negócios jurídicos nulos produzam efeitos a serem preservados quando justificados por interesses merecedores de tutela".

Reafirme-se que o presente autor é totalmente favorável à linha adotada pelo enunciado doutrinário. Para ilustrar, volta-se ao seguinte exemplo geralmente utilizado em aulas e exposições sobre o assunto: imagine-se que alguém compra um imóvel de certa pessoa que parecia estar dotada de condições psicológicas normais quando da prática do ato. Posteriormente, a pessoa é interditada e o laudo médico aponta que o vendedor já era enfermo e deficiente mental sem discernimento para a prática dos atos da vida civil quando a venda foi realizada. Pela regra geral de nulidade, o contrato será declarado nulo, atingindo também eventuais terceiros de boa-fé, pelos efeitos *erga omnes* e *ex tunc* da sentença declaratória de nulidade absoluta.

Com o devido respeito, como a eticidade é um dos fundamentos da atual codificação, não há como percorrer o último caminho, devendo os negócios ser preservados em face das partes que agiram de boa-fé. Notadamente no caso exposto, a boa-fé é cristalina se o vendedor não aparentava a situação de enfermidade quando o ato foi celebrado.

Como últimas palavras sobre o tema, infelizmente, a única ressalva expressa quanto ao negociante de boa-fé encontrável na parte geral do Código Civil diz respeito aos terceiros de boa-fé frente ao negócio jurídico simulado (art. 167, § 2.º, do CC/2002). Tal premissa deveria constar como parágrafo único do art. 166, alcançando todas as hipóteses de nulidade absoluta, não só em face de terceiros, mas também quanto a qualquer negociante direto do ato que esteja movido por uma boa conduta. Automaticamente, a boa-fé venceria não só os negócios jurídicos nulos, mas também os anuláveis. Pela falta de previsão legal nesse sentido, cabe à doutrina e à jurisprudência realizar a devida ponderação entre a boa-fé e as invalidades dos negócios, buscando a conservação dos atos como premissa-regra.

2.5.6.3 *Da nulidade relativa ou anulabilidade. Negócio jurídico anulável*

A nulidade relativa envolve preceitos de ordem privada, de interesse das partes, o que altera totalmente o seu tratamento legal, se confrontada com a nulidade absoluta, antes estudada. As hipóteses de nulidade relativa ou anulabilidade constam do art. 171 da novel codificação, a saber:

a) Quando o negócio for celebrado por relativamente incapaz, sem a devida assistência, conforme rol que consta do art. 4.º do C

b) Diante da existência de vício a acometer o negócio jurídico, como o erro, o dolo, a coação moral ou psicológica, a lesão, o estado de perigo ou a fraude contra credores. Lembre-se que a coação física e a simulação são vícios do negócio jurídico que geram a sua nulidade absoluta, não a nulidade relativa.

c) Nos casos especificados de anulabilidade. Exemplifica-se com as previsões dos arts. 1.647 e 1.649 do atual Código. Para determinados atos, elencados no primeiro dispositivo, como no caso da venda de bem imóvel, a norma exige a outorga uxória (mulher) ou marital (marido). Desrespeitado esse dispositivo, caberá ação anulatória a ser promovida pelo cônjuge, no prazo decadencial de dois anos, contados do fim da sociedade conjugal (art. 1.649). Destaque-se ainda, para ilustrar, a previsão do art. 496 do CC, segundo o qual é anulável a venda de ascendente a descendente não havendo autorização dos demais descendentes e do cônjuge do alienante.

Nos casos de anulabilidade, o seu reconhecimento deverá ser pleiteado por meio da denominada *ação anulatória*, que também segue, regra geral, o rito ordinário. Tal ação tem natureza constitutiva negativa, estando relacionada com direitos potestativos, o que justifica os prazos decadenciais a elas referidos (critério científico de Agnelo Amorim Filho, objeto do próximo capítulo). Esses prazos, regra geral, estão previstos nos arts. 178 e 179 do CC, cuja transcrição integral é pertinente:

> "Art. 178. É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado:
>
> I – no caso de coação, do dia em que ela cessar;
>
> II – no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico;
>
> III – no de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade."

"Art. 179. Quando a lei dispuser que determinado ato é anulável, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação, será este de dois anos, a contar da data da conclusão do ato."

O primeiro dispositivo deve ser aplicado em casos específicos, envolvendo a capacidade relativa e os vícios do negócio jurídico. Nos casos envolvendo a incapacidade relativa e a coação, os prazos são contados da cessão, o que parece justo e correto. Nas situações de erro, dolo, coação moral, estado de perigo, lesão e fraude contra credores, o início do prazo se dá com a realização do negócio, o que deve ser tido como *celebração* do ato, ou seja, quando ele passa a ser válido no campo jurídico.[166] Não tem sido diferente a dedução jurisprudencial (STJ, REsp 1.025.920/RO, 3.ª Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 15.04.2010, *DJe* 27.04.2010; TJDF, Recurso 2004.01.1.019818-2, Acórdão 400.192, 6.ª Turma Cível, Rel. Des. Otávio Augusto, *DJDFTE* 21.01.2010, p. 148; TJSP, Apelação n. 992.08.063150-8, Acórdão 4834077, Osasco, 30.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Marcos Ramos, j. 24.11.2010, *DJESP* 16.12.2010 e TJRS, Acórdão 70023163959, Pelotas, 18.ª Câmara Cível, Rel. Des. Pedro Celso Dal Pra, j. 13.03.2008, *DOERS* 24.03.2008, p. 56).

O segundo comando consagra um prazo geral de decadência para se anular o negócio jurídico, de dois anos, contados da sua conclusão – também no sentido de celebração –, quando não houver prazo especial fixado pelo texto legal.

De qualquer modo, há quem entenda que os prazos dos arts. 178 e 179 do Código Civil devem ser contados não da celebração do ato, mas da sua ciência correspondente. Dessa feita, no caso de uma venda de imóvel, o prazo decadencial para a ação anulatória deve ser contado do registro imobiliário, e não da elaboração da escritura.

Percorrendo tal caminho, José Fernando Simão, em sua primorosa tese de livre-docência defendida na Faculdade de Direito da USP, cita como argumentos a segurança e a estabilidade das relações negociais.[167] Igualmente, Zeno Veloso expõe que, "tratando-se da ação pauliana, ou revocatória, na hipótese de fraude contra credores, apesar de o termo inicial do prazo de decadência coincidir com o dia em que se realizou o negócio jurídico (art. 178, II), a jurisprudência vem se firmando no entendimento de que tal prazo deve ser contado da data da transcrição do título no registro imobiliário, e não do dia da escritura".[168]

Adotando a mesma premissa a respeito do art. 179 do CC, o Enunciado 538, da *VI Jornada de Direito Civil*: "No que diz respeito a terceiros eventualmente prejudicados, o prazo decadencial de que trata o art. 179 do Código Civil não se conta da celebração do negócio jurídico, mas da ciência que dele tiverem".

Na jurisprudência, de fato, podem ser encontrados arestos que também seguem tal dedução jurídica. A ilustrar, tratando de fraude contra credores:

> “Direito civil. Agravo no recurso especial. Ação pauliana. Prazo decadencial. Termo inicial. Registro Imobiliário. – A decadência é causa extintiva de direito pelo seu não exercício no prazo estipulado em lei, cujo termo inicial deve coincidir com o conhecimento do fato gerador do direito a ser pleiteado. – O termo inicial do prazo decadencial de quatro anos para propositura da ação pauliana é o da data do registro do título aquisitivo no Cartório Imobiliário, ocasião em que o ato registrado passa a ter validade contra terceiros. Precedentes. Agravo no recurso especial não provido” (STJ, AgRg no REsp 743.890/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 20.09.2005, *DJ* 03.10.2005, p. 250).

> “Direito civil. Ação pauliana. Fraude na alienação de imóvel. Invalidação. Prazo prescricional/decadencial (art. 178, par. 9.º, V, *b*, CC). Termo *a quo* de fluência. Data do registro do título aquisitivo no álbum imobiliário. Recurso acolhido. – A par da divergência doutrinária acerca da natureza jurídica do prazo quadrienal previsto no art. 178, par. 9.º, V, *b*, CC, se prescricional ou decadencial, impõe-se considerar como termo inicial de sua fluência, em se tratando de invalidação de bem imóvel postulada com base em alegação de fraude, a data do registro do título aquisitivo respectivo no assento imobiliário” (STJ, REsp 36.065/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4.ª Turma, j. 16.08.1994, *DJ* 10.10.1994, p. 27.175).

Mesmo sendo fortes e contundentes os argumentos expostos, cabe frisar que o presente autor deduz que por *conclusão* e *realização* deve-se entender o momento quando o negócio jurídico existe e é válido, ou seja, quando a escritura pública é firmada. Nessa esteira, Paulo Lôbo menciona que o dia do começo do prazo decadencial tratado pelos arts. 178 e 179 do CC/2002 é o *início* do negócio jurídico: “Igualmente, conta-se do início do negócio jurídico o prazo para anulação em virtude de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, porque é o momento em que se exterioriza a vontade viciada, abrindo-se a possibilidade para o interessado pleitear a anulação”.[169] Compartilha dessa forma de pensar Humberto Theodoro Jr., que, comentado o art. 178 do atual Código Civil, ensina: “Aqui não é relevante definir quando a pessoa prejudicada tomou conhecimento do defeito do negócio. Para a regra legal, o mais importante é evitar o dilargamento excessivo do prazo de impugnação à validade do contrato. A preocupação se refere à necessidade de serem estáveis as relações jurídicas e, assim, não se sujeitarem à anulação, por tempo muito prolongado”.[170]

Superada a análise de mais essa controvérsia, não se pode mais admitir o entendimento jurisprudencial, mesmo por súmulas de Tribunais Superiores, de prazos prescricionais para a anulação de um negócio jurídico, matéria que será devidamente desenvolvida quando do tratamento da prescrição e da decadência.

O art. 178, somado ao art. 177, ambos do CC, justificam o fato de a anulabilidade não poder ser reconhecida *ex officio* pelo juiz, devendo ser sempre arguida ou alegada pela parte interessada, mediante ação específica, regra geral. Ademais, diante da sua natureza privada, não cabe ao Ministério Público intervir nas ações que a envolvem.

De acordo com o art. 172 do CC, o negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro, valorização, mais uma vez, da boa-fé objetiva. Trata-se da chamada *convalidação livre da anulabilidade*. Mas esse ato de confirmação deve conter a substância do negócio celebrado e a vontade expressa de mantê-lo, elementos objetivo e subjetivo da

convalidação, respectivamente – denominada *confirmação expressa* (art. 173 do CC).

O CC/2002, em seu art. 174, dispensa ("é escusada") a confirmação expressa, quando o negócio já foi cumprido em parte pelo devedor, ciente do vício que o atingia. A confirmação, assim, dar-se-á de forma tácita ou presumida, por meio de conduta do sujeito passivo obrigacional. Mais uma vez, denota-se o intuito de conservação do contrato e do negócio jurídico.

O art. 175 do CC consagra a *irrevogabilidade da confirmação*, seja ela expressa ou tácita. Dessa forma, com a confirmação, extinguem-se todas as ações ou exceções, de que contra ele dispusesse o devedor. Não caberá mais, portanto, qualquer requerimento posterior de anulabilidade do negócio anterior, o que está de acordo com a máxima que veda o comportamento contraditório e que tem relação com a boa-fé objetiva (*venire contra factum proprium non potest*).

Segundo o art. 176 da atual codificação, "quando a anulabilidade do ato resultar da falta de autorização de terceiro, será validado se este a der posteriormente". Esse artigo constitui novidade e faz com que o negócio celebrado por menor púbere, sem a autorização do pai ou do tutor, seja validado se a autorização ocorrer posteriormente. Trata-se de outra hipótese de convalidação.

Também no que concerne ao menor púbere (de 16 a 18 anos), não pode este valer-se da própria torpeza, beneficiando-se de ato malicioso (*a malícia supre a idade*). Não pode, portanto, para eximir-se de uma obrigação, invocar a sua idade se dolosamente a ocultou quando inquirido pela outra parte, ou se, no ato de obrigar-se, declarou-se maior. O negócio jurídico reputa-se válido e gera efeitos, afastando-se qualquer anulabilidade (art. 180 do CC).

Complementando esse último dispositivo, dispõe o art. 181 do CC que: "Ninguém pode reclamar o que, por uma obrigação anulada, pagou a um incapaz, se não provar que reverteu em proveito dele a importância paga". Exemplificando, diante da vedação do enriquecimento sem causa, reconhece-se a possibilidade da pessoa reaver o dinheiro pago, se provar que o menor dele se beneficiou.

Em relação à sentença da ação anulatória, mais uma vez diante de sua natureza privada, tem aquela efeitos *inter partes*. Tradicionalmente, sempre se apontou que os seus efeitos seriam *ex nunc*, não retroativos ou somente a partir do trânsito em julgado da decisão. Essa tese estaria confirmada pelo art. 177 do atual Código, que prevê: "Art. 177. A anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade".

O que poderia parecer pacífico em doutrina e jurisprudência não é tão pacífico assim. Isso porque há posicionamento orientando que os efeitos da sentença na ação anulatória (negócio anulável) também seriam retroativos (*ex tunc*) parciais, com fundamento no art. 182 da atual codificação, pelo qual "Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente".

Esse último posicionamento é defendido, na doutrina, por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, citando Humberto Theodoro Júnior e Ovídio Baptista.[171] Mas quem melhor demonstra o equívoco é Zeno Veloso. Ensina o mestre que "trata-se, sem dúvida, de entendimento equivocado, que decorre, talvez, da leitura distorcida do art. 177, primeira parte (...), que corresponde ao art. 152, primeira parte, do Código Civil de 1916".[172] E arremata o jurista paraense:

> "O que o art. 177, primeira parte, enuncia é que o negócio anulável ingressa no mundo jurídico produzindo os respectivos efeitos e depende de uma ação judicial, da sentença, para ser decretada a sua anulação. Os efeitos do negócio anulável são precários, provisórios. Advindo a sentença anulatória, os efeitos que vinham produzindo o negócio inquinado são defeitos. Nada resta, nada sobra, nada fica, pois a desconstituição é retroativa, vai à base, ao começo, ao nascimento do negócio jurídico defeituoso e carente, o que, enfática e inequivocamente, afirma o art. 182, como já dizia, no Código velho, no art. 158. Quanto a isso não há mudança alguma, em nosso entendimento. O art. 177, primeira parte, deve ser visto e recebido diante do sistema e interpretado conjuntamente com o art. 182, que transcrevemos acima."[173]

Desse modo, há que se defender efeitos retroativos parciais à sentença anulatória, eis que se deve buscar a volta à situação primitiva, anterior à celebração do negócio anulado, se isso for possível. Ademais, cite-se o caso de anulação de um casamento, em que as partes voltam a ser solteiras. Percebe-se claramente a presença de efeitos retroativos.

Atente-se que, apesar de este autor seguir esse posicionamento defendido por Zeno Veloso, não poderíamos deixar de esclarecer que, pela visão clássica, ainda prevalece a premissa quanto aos efeitos *ex nunc* da ação anulatória de negócio jurídico.

De toda sorte, frise-se que, quando da *VI Jornada de Direito Civil*, evento realizado em 2013, foi feita proposta de enunciado doutrinário no sentido de ser a corrente seguida por este autor a majoritária. De acordo com o exato teor da proposição: "Os efeitos da anulabilidade do negócio jurídico, excetuadas situações particulares como as obrigações de trato sucessivo, relações trabalhistas e em matéria societária, são idênticos aos da nulidade e ocorrem de forma ex tunc. Anulado o negócio, os efeitos se projetam para o futuro e também de forma retroativa para o passado".

Nas suas justificativas, o autor da proposta, juiz de direito e Professor da Universidade Federal do Espírito Santo Augusto Passamani Bufulin, ressalta que "No Brasil, apesar de haver uma corrente que defende a eficácia ex nunc da ação anulatória, como Maria Helena Diniz, Carlos Roberto Gonçalves e Arnaldo Rizzardo, a corrente majoritária, defendida por Humberto Theodoro Junior, Zeno Veloso, Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho, Paulo Nader, Renan Lotufo, Flávio Tartuce, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald, Leonardo Mattietto, Orlando Gomes e Silvio Rodrigues, afirma que os efeitos da anulabilidade e da nulidade são idênticos no plano da eficácia e operam de forma ex nunc, para o futuro, e ex tunc, retroativamente ao passado, pois o vício encontra-se presente desde a formação do negócio. Esse é o entendimento correto a ser dado ao art.

182 do CC".

Em suma, já há quem veja que a corrente que apregoa efeitos ex tunc para o ato anulável é a majoritária. Talvez a não aprovação do enunciado doutrinário em questão demonstra que tal premissa ainda não é a verdadeira...

Por fim, ainda no que concerne ao art. 182 do Código Civil, cabe ressaltar que lição majoritária aponta para a possibilidade de aplicar o comando também às hipóteses de nulidade absoluta. Essa é a posição, na doutrina, entre outros, de Maria Helena Diniz,[174] Sílvio de Salvo Venosa,[175] Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barboza.[176] Tal forma de pensar é que gera a conclusão segundo a qual os efeitos da nulidade são ex tunc, conforme antes apontado.

Igualmente, na jurisprudência, podem ser encontrados arestos que fazem incidir o art. 182 do CC/2002 para a nulidade absoluta. Entre tantos julgados, vejamos acórdão assim publicado no *Informativo* n. *517* do Superior Tribunal de Justiça:

> "Direito civil. Necessidade de ressarcimento no caso de inviabilidade de retorno à situação anterior à nulidade declarada. O credor, no caso em que tenha recebido em dação em pagamento imóvel de sociedade empresarial posteriormente declarada falida, poderá ser condenado a ressarcir a massa pelo valor do objeto do negócio jurídico, se este vier a ser declarado nulo e for inviável o retorno à situação fática anterior, diante da transferência do imóvel a terceiro de boa-fé. Incide, na situação descrita, o disposto no art. 182 do CC/2002, de acordo com o qual, anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente. Trata-se, a propósito, de dispositivo legal que, quanto aos seus efeitos práticos, também tem aplicabilidade nos casos de nulidade absoluta, não tendo incidência restrita às hipóteses de nulidade relativa. Ademais, deve-se preservar a boa-fé de terceiros que sequer participaram do negócio jurídico viciado" (STJ, REsp 1.353.864/GO, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 07.03.2013).

Com tais importantes ponderações, encerra-se o estudo da teoria das nulidades, cabendo, com os devidos fins de elucidação, uma tabela comparativa de resumo entre a nulidade absoluta e a nulidade relativa.

2.5.6.4 *Quadro comparativo. Negócio jurídico nulo (nulidade absoluta) x negócio jurídico anulável (nulidade relativa ou anulabilidade)*

Negócio Nulo (ordem pública)	**Negócio Anulável (ordem privada)**
HIPÓTESES: – Negócio celebrado por absolutamente Incapaz (art. 3.° do CC), sem a devida representação. – Objeto ilícito, impossível, indeterminado ou indeterminável. – Motivo a ambas as partes for ilícito. – Desrespeito à forma ou preterida alguma solenidade.	HIPÓTESES: – Negócio celebrado por relativamente Incapaz (art. 4.° do CC), sem a devida assistência. – Quando houver vício acometendo o negócio jurídico: erro, dolo,

– Objetivo do negócio de fraude à lei imperativa. – Lei prevê a nulidade absoluta (nulidade textual) ou proibe o ato sem cominar sanção (nulidade virtual). – Negócio simulado, incluída a reserva mental. – Presença de coação física (*vis absoluta*).	coação moral/psicológica, estado de perigo, lesão e fraude contra credores. – Lei prevê a anulabilidade.
EFEITOS E PROCEDIMENTOS: • Nulidade Absoluta (nulidade). • Ação declaratória de nulidade, imprescritível. • Não pode ser suprida nem sanada, Inclusive pelo juiz. Exceção: conversão do negócio jurídico (art. 170 do CC). • O Ministério Público pode Intervir na ação de nulidade absoluta, inclusive promovendo a demanda. • Cabe decretação de ofício pelo juiz. • Sentença da ação declaratória tem efeitos *erga omnes* (contra todos) e *ex tunc* (retroativos).	EFEITOS E PROCEDIMENTOS: • Nulidade relativa (anulabilidade). • Ação anulatória, com previsão de prazos decadenciais. • Pode ser suprida, sanada, inclusive pelas partes (convalidação livre). • O Ministério Público não pode intervir ou propor ação anulatória, somente os interessados. • Não cabe decretação de ofício pelo juiz. • Sentença da ação anulatória tem efeitos *inter partes* (entre as partes) e *ex nunc* (não retroativos) – segundo a maioria da doutrina.

2.6 PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

2.6.1 Introdução. Fórmula para diferenciar a prescrição da decadência

É antiga a máxima jurídica segundo a qual o exercício de um direito não pode ficar pendente de forma indefinida no tempo. O titular deve exercê-lo dentro de um determinado prazo, pois *o direito não socorre aqueles que dormem*. Com fundamento na pacificação social, na certeza e na segurança da ordem jurídica é que surge a matéria da prescrição e da decadência. Pode-se ainda afirmar que a prescrição e a decadência estão fundadas em uma espécie de boa-fé do próprio legislador ou do sistema jurídico.

Nesse sentido, conforme ensina Miguel Reale, na exposição de motivos do Código Civil de 2002, um dos principais baluartes na atual codificação é o *princípio da operabilidade*, primeiramente em um sentido de simplicidade, pelo qual se busca facilitar o estudo dos institutos jurídicos privados.

Tal princípio pode ser flagrantemente percebido pelo tratamento dado pela codificação vigente tanto à prescrição quanto à decadência, particularmente pela facilitação de visualização dos institutos. O Código Civil em vigor traz um tratamento diferenciado quanto a tais conceitos: a prescrição consta dos seus arts. 189 a 206, a decadência, dos arts. 207 a 211. Aliás, os prazos de prescrição estão concentrados em dois artigos do Código Civil: arts. 205 e 206. Os demais prazos,

encontrados em outros dispositivos da atual codificação, são, pelo menos em regra, todos decadenciais.

Além disso, nota-se que os prazos de prescrição são todos em anos. Por outra via, os prazos de decadência podem ser em dias, meses, ano e dia ou também em anos. Em suma, se surgiu um prazo que não seja em anos, com certeza, será decadencial.

Mas não é só. Como a matéria era demais confusa na vigência do Código Civil de 1916, visando esclarecer o assunto, Agnelo Amorim Filho concebeu um artigo histórico, em que associou os prazos prescricionais e decadenciais a ações correspondentes, buscando também quais seriam as ações imprescritíveis.[177]

Esse brilhante professor paraibano associou a prescrição às ações condenatórias, ou seja, àquelas ações relacionadas com direitos subjetivos, próprio das pretensões pessoais. Desse modo, a prescrição mantém relação com deveres, obrigações e com a responsabilidade decorrente da inobservância das regras ditadas pelas partes ou pela ordem jurídica.

Por outro lado, a decadência está associada a direitos potestativos e às ações constitutivas, sejam elas positivas ou negativas. As ações anulatórias de atos e negócios jurídicos, logicamente, têm essa última natureza. A decadência, portanto, tem relação com um estado de sujeição, próprio dos direitos potestativos. Didaticamente, é certo que o direito potestativo, por se contrapor a um estado de sujeição, é aquele que *encurrala a outra parte, que não tem saída*.

Por fim, as ações meramente declaratórias, como aquelas que buscam a nulidade absoluta de um negócio, são imprescritíveis, ou melhor tecnicamente, não estão sujeitas à prescrição ou a decadência. A imprescritibilidade dessa ação específica está também justificada porque a nulidade absoluta envolve ordem pública, não convalescendo pelo decurso do tempo (art. 169 do CC).

Não há a menor dúvida de que o Código Civil de 2002 adotou a teoria do genial professor paraibano. Na própria exposição de motivos da nova codificação, apresentada na Câmara dos Deputados em 1975 pelo jurista José Carlos Moreira Alves, consta, quanto à decadência, que:

> "Com efeito, ocorre a decadência quando um *direito potestativo* não é exercido, extrajudicialmente ou judicialmente (nos casos em que a lei – como sucede em matéria de anulação, desquite etc. – exige que o direito de anular, o direito de desquitar-se só possa ser exercido em Juízo, ao contrário, por exemplo, do direito de resgate, na retrovenda, que se exerce extrajudicialmente), dentro do prazo para exercê-lo, o que provoca a decadência desse direito potestativo. Ora, os direitos potestativos são direitos sem pretensão, pois são insusceptíveis de violação, já que a eles não se opõe um dever de quem quer que seja, mas uma sujeição de alguém (o meu direito de anular o negócio jurídico não pode ser violado pela parte a quem a anulação prejudica, pois esta está apenas sujeita a sofrer as consequências da anulação decretada pelo juiz, não tendo, portanto, dever algum que possa descumprir)."[178]

Pela excelência da tese, por diversas vezes serão utilizados os critérios científicos de Agnelo Amorim para solucionar questões controvertidas relativas ao assunto. Assim sendo, não se pode mais

aceitar entendimentos jurisprudenciais, inclusive sumulados por Tribunais Superiores, que associam prazos prescricionais a ações que visam a anular negócios jurídicos, que têm natureza constitutiva negativa.

A ilustrar, não tem mais aplicação a Súmula 494 do STF, pela qual: "A ação para *anular* a venda de ascendente a descendente, sem o consentimento dos demais, *prescreve* em vinte anos, contados da data do ato". O texto por último transcrito, por si só, afasta qualquer entendimento nesse sentido. Para o caso em questão, portanto, deve ser aplicado o prazo geral de decadência previsto no art. 179 do CC – dois anos contados da celebração do ato. Nesse sentido, cite-se o Enunciado n. 368 do CJF/STJ, aprovado na *IV Jornada de Direito Civil*, pelo qual o prazo para anular venda de ascendente para descendente é decadencial de dois anos (art. 179 do CC). Esse, aliás, é o entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça (nesse sentido, ver: STJ, REsp 771.736-0/SC, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3.ª Turma, j. 07.02.2006, v.u.). Clama-se para que o próprio Supremo Tribunal Federal faça a devida revisão da antiga Súmula 494, que data do remoto ano de 1969.

Pois bem, diante de todas as facilitações expostas na presente introdução, pode ser concebida a seguinte fórmula para identificar se determinado prazo é prescricional ou decadencial:

> *Premissa 1* – Procure identificar a contagem de prazos. Se a contagem for em dias, meses ou ano e dia, o prazo é decadencial. Se o prazo for em anos, poderá ser o prazo de prescrição ou de decadência.
>
> *Premissa 2* – Aplicável quando se tem prazo em anos. Procure identificar a localização do prazo no Código Civil. Se o prazo em anos estiver previsto no art. 206 será de prescrição, se estiver fora do art. 206 será de decadência.
>
> *Premissa 3* – Aplicável quando se tem prazo em anos e a questão não mencionou em qual artigo o mesmo está localizado. Utilizar os critérios apontados por Agnelo Amorim Filho: se a ação correspondente for condenatória, o prazo é prescricional. Se a ação for constitutiva positiva ou negativa, o prazo é decadencial.

2.6.2 Regras quanto à prescrição

Com o intuito de indicar que não se trata de um direito subjetivo público abstrato de ação, o atual Código Civil adotou a tese da prescrição da pretensão. De acordo com o art. 189 do CC, violado um direito, nasce para o seu titular uma pretensão, que pode ser extinta pela prescrição, nos termos dos seus arts. 205 e 206.

Desse modo, se o titular do direito permanecer inerte, tem como *pena* a perda da pretensão que teria por via judicial. Repise-se que a prescrição constitui um benefício a favor do devedor, pela aplicação da regra de que *o direito não socorre aqueles que dormem*, diante da necessidade do mínimo de segurança jurídica nas relações negociais.

A prescrição extintiva, fato jurídico em sentido estrito, constitui, nesse contexto, uma sanção ao titular do direito violado, que extingue tanto a pretensão positiva quanto a negativa (exceção ou defesa). Trata-se de um fato jurídico *stricto sensu* justamente pela ausência de vontade humana, prevendo a lei efeitos naturais, relacionados com a extinção da pretensão. A sua origem está no decurso do tempo, exemplo típico de fato natural.

Na prescrição, nota-se que ocorre a extinção da pretensão; todavia, o direito em si permanece incólume, só que sem proteção jurídica para solucioná-lo. Tanto isso é verdade que, se alguém pagar uma dívida prescrita, não pode pedir a devolução da quantia paga, já que existia o direito de crédito que não foi extinto pela prescrição. Nesse sentido, prevê o art. 882 do CC que "não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação judicialmente inexigível."

Observa-se e repita-se que o Código de 2002 adota quanto a esse instituto a tese de Agnelo Amorim Filho, que, como visto, em artigo impecável tecnicamente associou os prazos de prescrição às ações condenatórias. De fato, os prazos especiais apresentados no art. 206 dizem respeito a ações condenatórias, particularmente àquelas relativas à cobrança de valores ou à reparação de danos, mantendo uma relação com os *direitos subjetivos*. Para as ações dessa natureza, em que não houver previsão de prazo específico, aplica-se a regra geral de dez anos, conforme o art. 205 do Código Civil. O prazo de dez anos incide para qualquer pretensão subjetiva, não havendo mais distinção quanto às ações reais e pessoais, como constava do art. 177 do Código Civil de 1916 (20 anos para ações pessoais, 15 anos para ações reais entre ausentes, 10 anos para ações reais entre presentes). Isso também para a facilitação do Direito Privado, a simplicidade.

A respeito da contagem do prazo prescricional, é o teor do Enunciado n. 14 do CJF/STJ, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, realizada em setembro de 2002: "Art. 189: 1) o início do prazo prescricional ocorre com o surgimento da pretensão, que decorre da exigibilidade do direito subjetivo; 2) o art. 189 diz respeito a casos em que a pretensão nasce imediatamente após a violação do direito absoluto ou da obrigação de não fazer".

A corrente majoritária sempre foi favorável ao que refere o enunciado, sendo certo que os parâmetros que nele constam devem ser aplicados para o início da contagem dos prazos prescricionais. A título de exemplo, pode-se apontar:

– No caso de uma dívida a termo, a prescrição tem início quando ela não é paga (vencimento).
– No caso de um ato ilícito, a prescrição tem início quando ocorre o evento danoso ou do conhecimento da sua autoria.

Todavia, esses parâmetros de início da contagem do prazo prescricional – a partir da *violação* do direito subjetivo – vêm sendo contestados jurisprudencialmente. Isso porque cresce na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a adoção à teoria da *actio nata*, pela qual o prazo deve ter início a partir do *conhecimento da violação ou lesão* ao direito subjetivo. Realmente, a tese

é mais justa, diante do princípio da boa-fé.

Os primeiros julgados aplicavam a tese ao Direito Tributário e ao Direito Administrativo. Mais recentemente, surgiram outras decisões, fazendo incidir esse parâmetro à esfera civil. Para ilustrar, cumpre transcrever julgado em que a teoria da *actio nata* foi aplicada a caso envolvendo a responsabilidade civil do Estado:

> "Administrativo. Responsabilidade civil do Estado. Pretensão de indenização contra a Fazenda Nacional. Erro médico. Danos morais e patrimoniais. Procedimento cirúrgico. Prescrição. Quinquídio do art. 1.º do Decreto 20.910/1932. Termo inicial. Data da consolidação do conhecimento efetivo da vítima das lesões e sua extensão. Princípio da *actio nata*. 1. O termo *a quo* para aferir o lapso prescricional para ajuizamento de ação de indenização contra o Estado não é a data do acidente, mas aquela em que a vítima teve ciência inequívoca de sua invalidez e da extensão da incapacidade de que restou acometida. Precedentes da Primeira Seção. 2. É vedado o reexame de matéria fático-probatória em sede de recurso especial, a teor do que prescreve a Súmula 07 desta Corte. Agravo regimental improvido" (STJ, AgRg no REsp 931.896/ES, Rel. Min. Humberto Martins, 2.ª Turma, j. 20.09.2007, *DJ* 03.10.2007, p. 194).

Em sede jurisprudencial a teoria da *actio nata* pode ser retirada do teor da Súmula 278 do mesmo STJ, que enuncia: "O termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral". Do mesmo Tribunal, igualmente para ilustrar, vejamos recente julgado, publicado no seu *Informativo* n. *470*, fazendo incidir a *actio nata:*

> "Erro médico. Prescrição. Termo *a quo*. A Turma, na parte conhecida, deu provimento ao recurso especial da vítima de erro médico para afastar a prescrição reconhecida em primeira instância e mantida pelo tribunal de origem. *In casu*, a recorrente pleiteou indenização por danos morais sob a alegação de que, ao realizar exames radiográficos em 1995, foi constatada a presença de uma agulha cirúrgica em seu abdome. Afirmou que o objeto foi deixado na operação cesariana ocorrida em 1979, única cirurgia a que se submeteu. Nesse contexto, consignou-se que o termo *a quo* da prescrição da pretensão indenizatória pelo erro médico é a data da ciência do dano, não a data do ato ilícito. Segundo o Min. Relator, se a parte não sabia que havia instrumentos cirúrgicos em seu corpo, a lesão ao direito subjetivo era desconhecida, portanto ainda não existia pretensão a ser demandada em juízo. Precedente citado: REsp 694.287-RJ, *DJ* 20.09.2006" (STJ, REsp. 1.020.801/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 26.04.2011).

Ainda no campo da jurisprudência do STJ, a teoria da actio nata é abstraída da conclusão de que, no caso de falecimento de pessoa da família, o início do prazo prescricional para que os parentes promovam a demanda reparatória se dá com o falecimento do ente querido. Assim: "O termo inicial da contagem do prazo prescricional na hipótese em que se pleiteia indenização por danos morais e/ou materiais decorrentes do falecimento de ente querido é a data do óbito, independentemente da data da ação ou omissão. Não é possível considerar que a pretensão à indenização em decorrência da morte nasça antes do evento que lhe deu causa" (STJ, REsp 1.318.825/SE, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 13.11.2012, publicado no seu *Informativo* n. *509*).

Consigne-se que no ano de 2014 o mesmo Tribunal da Cidadania proferiu acórdão em sede de

incidente de recursos repetitivos quanto ao termo inicial para a cobrança do seguro DPVAT. Conforme publicação constante do seu *Informativo* n. *544*, “no que diz respeito ao termo inicial do prazo prescricional nas demandas por indenização do seguro DPVAT que envolvem invalidez permanente da vítima: *a)* o termo inicial do prazo prescricional é a data em que o segurado teve ciência inequívoca do caráter permanente da invalidez; e *b)* exceto nos casos de invalidez permanente notória, a ciência inequívoca do caráter permanente da invalidez depende de laudo médico, sendo relativa a presunção de ciência” (STJ, REsp. 1.388.030/MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 11.06.2014). Eis aqui mais um caso em que a aplicação da *actio nata* mostra-se mais efetiva socialmente.

Em sede legislativa, a teoria foi adotada pelo art. 27 do Código de Defesa do Consumidor, pelo qual havendo acidente de consumo o prazo prescricional de cinco anos tem início do conhecimento do dano e de sua autoria. Surge, assim, um novo dimensionamento do tema da prescrição, melhor adaptado às ideias de eticidade e socialidade, valorizando-se a questão da informação. Realmente, a teoria da *actio nata* parece melhor adaptada à realidade contemporânea e à boa-fé objetiva.

O art. 190 do CC/2002 traz novidade, prevendo que “a exceção prescreve no mesmo prazo em que a pretensão.” De acordo com o Código Civil, os prazos aplicáveis às pretensões também devem regulamentar as defesas e exceções correspondentes, de acordo com a equivalência material, consagração, em parte, do princípio *actio nata*, pelo qual o prazo também pode ter início a partir da ciência da lesão ao direito subjetivo. Isso porque o réu da ação poderá ter conhecimento da lesão ao seu direito subjetivo justamente pela propositura da ação por alguém que também lhe deve determinada quantia. Sendo assim, não poderá perder o prazo para alegar, por exemplo, a compensação das dívidas. Por razões óbvias, o dispositivo em análise também será aplicado às demandas condenatórias. Sobre essa inovação, o Código Civil atual supre uma omissão da codificação anterior, sendo certo que “alguns autores chegaram a defender a imprescritibilidade da exceção, o que não faz nenhum sentido. Prescrito o direito de ação, não há o que ser excepcionado”.[179]

Ainda no que concerne ao art. 190 do CC, na *V Jornada de Direito Civil* aprovou-se enunciado estabelecendo que o comando somente incide às exceções impróprias, aquelas que são dependentes ou não autônomas, caso da compensação. Por outra via, as exceções propriamente ditas, independentes ou autônomas são imprescritíveis, como é a alegação de pagamento direto ou de coisa julgada (Enunciado n. 415). A proposta, de autoria de André Borges de Carvalho Barros, segue a doutrina de Maria Helena Diniz.[180]

De acordo com o art. 191 do atual Código, é admitida a renúncia à prescrição por parte daquele que dela se beneficia, ou seja, o devedor. Está superada a admissão da renúncia prévia, pois a renúncia somente é possível após se consumar a prescrição. Inicialmente, essa renúncia à prescrição poderá ser *expressa*, mediante declaração comprovada e idônea do devedor, sem vícios. Pode

ocorrer ainda a renúncia *tácita* da prescrição, por condutas do devedor que induzem a tal fato, como o pagamento total ou mesmo parcial da dívida prescrita, que não pode ser repetida, exemplo que é de obrigação natural (art. 882 do CC). Essa renúncia à prescrição também pode ser *judicial* – quando manifestada em juízo –, ou *extrajudicial* – fora dele.

Como é notório, os prazos de prescrição não podem ser alterados por acordo das partes, outra inovação que consta do art. 192 do CC. O comando legal em questão somente consolida o entendimento doutrinário anterior, pelo qual a prescrição somente teria origem legal, não podendo os seus prazos ser alterados por ato volitivo. Aqui, reside ponto diferenciador em relação à decadência, que pode ter origem convencional, conforme será visto oportunamente. Trazendo interessante aplicação prática do art. 192 do Código, transcreve-se julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

> "Prescrição. Execução de contrato de financiamento. Vencimento antecipado. *Dies a quo* do prazo prescricional. Alteração do prazo prescricional. Impossibilidade. 1) Para que seja considerado o prazo prescricional do Código Civil revogado é preciso que já tenha havido a redução do prazo e, ainda, ter transcorrido mais da metade do prazo quando da entrada em vigor no novo código. 2) O prazo prescricional inicia- se da data em que ocorreu o vencimento antecipado da dívida, uma vez que é nesta data que o direito é violado e nasce a pretensão do credor. 3) Ter-se o prazo prescricional como iniciado na data do fim do contrato, e não do vencimento antecipado, violaria o disposto no art. 192 do Código Civil, pois se estaria alterando prazo estabelecido em Lei. 4) Recurso conhecido e improvido" (TJDF, Recurso inonimado 2008.07.1.001151-3, Acórdão 328.066, 2.ª Turma Cível, Rel. Des. Luciano Vasconcelos, *DJDFTE* 10.11.2008, p. 100).

Na mesma linha, julgou o Tribunal de Justiça de São Paulo que a previsão de prazo prescricional para ressarcimento inserido em contrato de compra e venda de ações de sociedade representa clara violação do art. 192 do Código Civil, norma de ordem pública que não pode ser contrariada por convenção das partes, premissa que sempre deve prevalecer (TJSP, Apelação n. 9132334-30.2009.8.26.0000, Acórdão 5924801, São Paulo, 6.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 24.05.2012, *DJESP* 11.06.2012).

Dispõe o art. 193 da codificação atual que a prescrição pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição, pela parte a quem aproveita (o devedor ou qualquer interessado). Ilustrando, a prescrição pode ser alegada em sede de apelação, ainda que não alegada em contestação, conforme já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça (nesse sentido, ver: STJ, REsp 157.840/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4.ª Turma, j. 16.05.2000, *DJ* 07.08.2000, p. 109).

Na prática, é muito comum a sua alegação ocorrer em sede de contestação, não como preliminar processual, mas como preliminar de mérito, eis que com a sua apreciação serão analisadas questões de direito material. Como o Código Civil de 2002 não traz qualquer novidade em relação à matéria, continua em vigor a Súmula 150 do STF, pela qual prescreve "a execução no mesmo prazo da prescrição da ação". Cumpre salientar, que este autor não é adepto da *prescrição intercorrente* na esfera privada, aquela que corre no curso de demanda ou ação. Aliás, o entendimento majoritário

sinaliza contra essa forma de prescrição, diante da morosidade que acomete o Poder Judiciário.

Na verdade, esse panorama quanto à alegação da prescrição pela parte mudou.

Isso porque *previa* o art. 194 do Código Civil que "o juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz". Utilizamos a expressão no passado, pois o dispositivo em questão foi revogado pela Lei 11.280, de 16 de fevereiro de 2006. Ademais, com a reforma, o § 5.º do art. 219 do CPC passou a pronunciar que "O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição". A alteração do texto é substancial, em sentido oposto ao que estava tratado na codificação privada. Cai o mito de que a prescrição não pode ser conhecida de ofício. Isso, em prol de *suposta* celeridade processual. Em tom crítico, pode-se dizer que o Código Civil era harmônico a respeito do tema da prescrição, principalmente se confrontado com a decadência. Mas essa harmonia foi quebrada pela reforma processual, como se verá adiante.

É importante trazer alguns aprofundamentos técnicos quanto ao reconhecimento da prescrição de ofício. O primeiro deles decorre de uma dúvida: como o reconhecimento da prescrição é de ofício, esta constitui matéria de ordem pública?

Alguns juristas respondem positivamente, caso de Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery,[181] Maria Helena Diniz[182] e Roberto Senise Lisboa.[183] Entretanto, parece a este autor ser prematuro fazer essa afirmação. Isso porque a prescrição envolve direitos patrimoniais e, portanto, a ordem privada. Entendem que a prescrição não passou a ser matéria de ordem pública Rodrigo Reis Mazzei[184] e José Fernando Simão.[185]

Como terceira via, mas seguindo a segunda corrente, pode-se afirmar que, realmente, a prescrição não é matéria de ordem pública, mas a celeridade processual o é. Isso porque a Constituição Federal passou a assegurar como direito fundamental o direito ao razoável andamento do processo e à celeridade das ações judiciais (art. 5.º, LXXVIII, da CF/1988, introduzido pela Emenda Constitucional 45/2004). O reconhecimento da prescrição de ofício foi criado justamente para a tutela desses direitos.

Outro problema está relacionado com a renúncia judicial à prescrição. Vejamos um exemplo. Alguém cobra judicialmente uma dívida, supostamente prescrita. Qual a decisão inicial do juiz?

Para um *prático*, a resposta é: uma sentença em que é reconhecida a prescrição de ofício, julga-se extinta a ação com resolução do mérito (art. 269, IV, do CPC). Para um *técnico*: o juiz deve determinar a citação do réu para que se manifeste quanto à renúncia à prescrição. Essa resposta *técnica*, que parece a mais correta, foi dada na *IV Jornada de Direito Civil*, com a aprovação do Enunciado n. 295 do CJF/STJ, que tem a seguinte redação: "A revogação do art. 194 do Código Civil pela Lei 11.280/2006, que determina ao juiz o reconhecimento de ofício da prescrição, não retira do devedor a possibilidade de renúncia admitida no art. 191 do texto codificado". De igual modo a firme posição de Álvaro Villaça Azevedo, jurista que é referência para este autor, em sua

obra lançada no ano de 2012.[186]

Em sentido idêntico, comenta Rodrigo Reis Mazzei ser necessária a intimação do réu (devedor), para que se manifeste quanto à renúncia à prescrição.[187] Tecnicamente é de se concordar com esse entendimento, pois, caso contrário, a autonomia privada, manifestada pelo direito de se pagar uma dívida prescrita em juízo e renunciando à prescrição, estará seriamente ferida. Sendo a autonomia privada um valor associado à liberdade constitucional, pode-se até afirmar que a inovação é inconstitucional, caso este direito de renúncia à prescrição não seja assegurado.

Ademais, a primeira resposta pode ser injusta, pois afasta a possibilidade de discussão, em juízo, das causas impeditivas, suspensivas e interruptivas da prescrição. Esse entendimento vem sendo adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, com menção aos doutrinadores contemporâneos do Direito Civil Brasileiro:

> "Recurso especial. Tributário. Prescrição. Decretação *ex officio*. Prévia oitiva da Fazenda Pública. Nulidade. Inexistente. 1. 'Apesar da clareza da legislação processual, não julgamos adequado o indeferimento oficioso da inicial. De fato, constata-se uma perplexidade. O magistrado possui uma 'bola de cristal' para antever a inexistência de causas impeditivas, suspensivas ou interruptivas ao curso da prescrição?' (Nelson Rosenvald in *Prescrição da Exceção à Objeção*. Leituras Complementares de Direito Civil. Cristiano Chaves de Farias, org. Salvador: Edições Jus Podivm, 2007. pág. 190). 2. A prévia oitiva da Fazenda Pública é requisito para a decretação da prescrição prevista no art. 40, § 4.º, da Lei 6.830/1980, bem como da prescrição referida no art. 219, § 5.º, do CPC, ainda que esse último dispositivo silencie, no particular. 3. Deve-se interpretar sistematicamente a norma processual que autoriza o juiz decretar *ex officio* a prescrição e a existência de causas interruptivas e suspensivas do prazo que não podem ser identificadas pelo magistrado apenas à luz dos elementos constantes no processo. 4. Embora tenha sido extinto o processo em primeira instância sem a prévia oitiva da Fazenda Pública, quando da interposição do recurso de apelação, esta teve a oportunidade de suscitar a ocorrência de causa suspensiva ou interruptiva do prazo prescricional. Assim, não há que ser reconhecida a nulidade da decisão que decretou a extinção do feito. 5. A exigência da prévia oitiva do Fisco tem em mira dar-lhe a oportunidade de arguir eventuais óbices à decretação da prescrição. Havendo possibilidade de suscitar tais alegações nas razões da apelação, não deve ser reconhecida a nulidade da decisão recorrida. 6. Recurso especial não provido" (STJ, REsp 1.005.209/RJ, Rel. Min. Castro Meira, 2.ª Turma, j. 08.04.2008, *DJ* 22.04.2008, p. 1).

Tudo isso sob o prisma mais técnico e menos prático, que felizmente tem prevalecido muitas vezes.

Superadas a análise da inovação da prescrição de ofício, determina a norma privada que "os relativamente incapazes e as pessoas jurídicas têm ação contra os seus assistentes ou representantes legais, que derem causa à prescrição, ou não a alegarem oportunamente" (art. 195 do CC). Desse modo, a atual codificação consagra a possibilidade dos relativamente incapazes e as pessoas jurídicas promoverem ações correspondentes contra seus representantes ou prepostos que deram causa à perda de uma pretensão ou não a alegaram quando deviam tê-lo feito.

Nos termos do art. 196 do atual Código Civil, "A prescrição iniciada contra uma pessoa continua a correr contra o seu sucessor". A codificação de 2002 substituiu a expressão *herdeiro*, que

constava do art. 165 do CC/1916, pelo termo *sucessor*. Dessa forma, alarga-se a possibilidade de continuidade da prescrição, tanto em decorrência de ato *mortis causa* (testamento ou legado) quanto *inter vivos* (compra ou sucessão de empresas).

Pois bem, sabe-se que a prescrição pode ser impedida, suspensa ou interrompida. No impedimento e na suspensão o prazo não começa (impedimento) ou para (suspensão) e depois continua de onde parou. Já na interrupção o prazo para e volta ao início.

Outra diferença a ser apontada é que o impedimento e a suspensão envolvem situações entre pessoas; enquanto que a interrupção da prescrição está relacionada a atos de credor ou do devedor.

As hipóteses de impedimento e suspensão estão conjugadas entre os arts. 197 e 201 do Código Civil. Vejamos:

a) Não corre a prescrição entre os cônjuges na constância da sociedade conjugal (art. 197, inc. I, do CC). O Código de 2002 substitui a expressão *matrimônio* por *sociedade conjugal* afastando dúvidas anteriores, uma vez que a última é que estabelece o regime de bens. A princípio, a separação de fato não impede a aplicação da regra, somente correndo a prescrição a partir do trânsito em julgado da sentença ou da escritura pública de divórcio. Todavia, conforme comentado no Capítulo relativo ao Direito de Família, há entendimento de que a sociedade de fato pode por fim à sociedade conjugal. Diante da proteção constitucional da união estável (art. 226 da CF/1988), na *IV Jornada de Direito Civil*, foi aprovado o Enunciado n. 296 do CJF/STJ preceituando que "Não corre a prescrição entre os companheiros, na constância da união estável".

b) Não corre a prescrição entre ascendente e descendente, durante o poder familiar (art. 197, inc. II, do CC). Nota-se a adequação do texto à nova realidade do Direito de Família (*despatriarcalização*), com a supressão da expressão *pátrio poder*, eminentemente patriarcal, superada pela nova dimensão dada à família pelo Texto Constitucional. Utiliza-se, portanto, a expressão *poder familiar*. Nesses casos, o prazo prescricional inicia-se da data em que o menor completa 18 anos, exceção feita aos casos de emancipação, previstos no art. 5.º da codificação civil. A título de exemplo, recente julgado do Superior Tribunal de Justiça concluiu que não corre a prescrição entre pai e filho menor no caso de ação reparatória de danos decorrentes do abandono afetivo, tema que ainda será analisado na presente obra (STJ, REsp 1.298.576/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 21.08.2012, publicado no *Informativo* n. *502*). O acórdão cita trecho da presente obra.

c) Não corre a prescrição entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela (art. 197, inc. III, do CC).

d) Não corre a prescrição contra os absolutamente incapazes, constantes do art. 3.º da codificação (art. 198, I, do CC).

e) Não corre a prescrição contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios (art. 198, inc II, do CC). A expressão *ausentes*, utilizada no comando legal em questão, não se refere especificamente à ausência tratada entre os arts. 22 a 29 da codificação, mas àqueles que estiverem fora do País. De qualquer forma, há entendimento pelo qual a ausência, causa de morte presumida, está incluída nesse art. 198, II, do CC. Esse é o teor do Enunciado n. 156 do CJF/STJ, aprovado na *III Jornada de Direito Civil* no sentido de que "desde o termo inicial do desaparecimento, declarado em sentença, não corre a prescrição contra o ausente". A proposta desse enunciado foi formulada por João Baptista Villela, um dos maiores civilistas brasileiros.

f) Não corre prescrição contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra (art. 198, inc. III, do CC Também por questão de bom-senso, suspende-se a prescrição relativamente aos militares que estiverem servindo o exército, a marinha ou a aeronáutica em tempos de guerra, caso, por exemplo, dos brasileiros enviados a outros países para compor os serviços de paz da Organização das Nações Unidas (ONU). Apesar do nome *serviços de paz, os tempos são de guerra*, obviamente. Até por motivos práticos, pela impossibilidade de citação muitas vezes percebida no caso concreto, o prazo deverá permanecer suspenso.

g) Segundo o inciso I do art. 199, não corre a prescrição pendendo condição suspensiva. Repise-se que a condição é um evento futuro e incerto que suspende a aquisição de direitos, bem como a eficácia de um ato ou negócio jurídico (plano da eficácia, terceiro degrau da *Escada Ponteana*). Como é notório, o termo inicial tem a mesma eficácia dessa condição suspensiva, conforme consta do art. 135 do Código Civil. Desse modo, exemplifica-se com o caso de um contrato de locação. Antes do termo inicial, como não poderia ser diferente, não correrá qualquer prescrição, eis que o contrato ainda não teve o seu início. Outro exemplo de condição suspensiva pode ser retirado da Súmula 229 do STJ, pela qual o "pedido de pagamento de indenização à seguradora suspende o prazo de prescrição até que o segurado tenha ciência da decisão".

h) Não corre a prescrição não estando vencido o prazo (art. 199, II, do CC). Entendemos que o comando legal em questão refere-se não ao prazo de prescrição, mas àquele fixado para um ato ou negócio jurídico. Não estando vencido o prazo, pela não ocorrência do termo final – evento futuro e certo que põe fim aos direitos decorrentes de um negócio –, assinalado pela lei ou pela vontade das partes, não se pode falar em prescrição, havendo causa impeditiva da extinção da pretensão. Ilustrando de forma ainda mais específica, não vencido o prazo para pagamento de uma dívida, não corre a prescrição.

i) Não corre a prescrição pendendo ação de evicção (art. 199, III). A evicção pode ser conceituada como a perda da coisa em decorrência de uma decisão judicial ou apreensão administrativa que a atribui a terceiro, cujo tratamento legal específico consta entre os arts. 447 a 457 do CC. São partes da evicção: o evictor (ou evincente) – aquele que pleiteia a coisa –, o evicto (ou evencido) – aquele que perde a coisa, o adquirente – e o alienante – aquele que transfere a coisa litigiosa, em ato motivado pela má-fé. Pendendo qualquer ação entre essas pessoas, a prescrição permanecerá suspensa.

j) Nos termos do art. 200 do atual Código Civil, "quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva". Trata-se de uma inovação, pela qual, na pendência de apuração criminal, não corre a prescrição até o trânsito em julgado da sentença a ser prolatada nesse âmbito. Esse dispositivo legal tem aplicação direta aos casos que envolvem a pretensão indenizatória, com prazo prescricional de três anos, contados da ocorrência do evento danoso ou do conhecimento de sua autoria, conforme o art. 206, § 3.º, V, do atual CC. Conforme decisão publicada no *Informativo* n. *500* do STJ, a finalidade do art. 200 do CC "é evitar soluções contraditórias entre os juízos cíveis e criminais, especialmente quando a solução do processo penal seja determinante do resultado do cível. Sendo assim, permite-se à vítima aguardar a solução da ação penal para, apenas depois, desencadear a demanda indenizatória na esfera cível. Por isso, é fundamental que exista processo penal em curso ou, pelo menos, a tramitação de inquérito policial até o seu arquivamento" (STJ, REsp 1.180.237/MT, Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 19.06.2012).

k) Segundo o art. 201 do CC, suspensa a prescrição em favor de um dos credores solidários, esta suspensão só aproveitará aos demais se a obrigação for indivisível. Desse modo, no caso de solidariedade ativa, por regra a suspensão da prescrição que favorece um dos cocredores não atinge os demais. A única exceção feita é para a obrigação indivisível, nos termos do art. 258 da codificação.

A respeito dos casos de interrupção da prescrição, repise-se que esses envolvem *condutas* do credor ou do devedor. Ademais, relativamente aos seus efeitos, é cediço que a interrupção faz com que o prazo retorne ao seu início, *partindo do seu ponto zero*. Prevê o art. 202, *caput*, do atual CC que a interrupção da prescrição somente poderá ocorrer *uma vez*, novidade que traz alguns problemas práticos, conforme será analisado. Vejamos as suas situações concretas:

a) Como primeira hipótese de interrupção (art. 202, I, do CC), esta pode ocorrer "por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual". É interessante confrontar esse dispositivo, novidade parcial, com o art. 219 do CPC, que preceitua: "A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição. § 1.º A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação". Resta a dúvida: há realmente um conflito entre tais normas ou antinomia? O Código Civil de 2002 revogou o Código de Processo Civil? Acreditamos que não. A melhor resposta é dada por Carlos Roberto Gonçalves, entre os civilistas; [188] e Flávio Luiz Yarshell,

entre os processualistas.[189] Entendem esses autores que não houve revogação. Na verdade os dois artigos devem ser interpretados sistematicamente e em complemento. O que se procura fazer é um diálogo de complementaridade entre as duas leis, outra aplicação da festejada tese do *diálogo das fontes*, de Erik Jayme e Claudia Lima Marques. A solução, então, é a seguinte: a interrupção dar-se-á com o despacho do juiz (Código Civil), retroagindo essa interrupção ao momento da propositura da ação (Código de Processo Civil). Seguindo a ideia, na *V Jornada de Direito Civil* aprovou-se enunciado com o seguinte teor: "O art. 202, I, do CC, deve ser interpretado sistematicamente com o art. 219, § 1.º, do CPC, de modo a se entender que o efeito interruptivo da prescrição, produzido pelo despacho que ordena a citação, possui efeito retroativo até a data da propositura da demanda" (Enunciado n. 417).

b) O mesmo art. 202 preconiza nos seus incisos II e III que ocorre a interrupção da prescrição por protesto judicial (nos termos inciso I, antes comentado), bem como pelo protesto cambiário. A codificação emergente inova ao prever a possibilidade de interromper-se a prescrição, além do protesto judicial – ação específica de jurisdição voluntária que visa a dar publicidade a uma situação fática ou jurídica –, também pelo protesto extrajudicial ou cambiário, aquele realizado perante o cartório extrajudicial de protesto de títulos. Dessa forma, está totalmente prejudicada a Súmula 153 do STF, pela qual "Simples protesto cambiário não interrompe a prescrição". Mas há um problema relacionado a essa interrupção, que, segundo o Código de 2002, somente poderá ocorrer *uma vez*. Pois bem, imagine-se um caso em que houve o protesto cambiário (art. 202, inc. II, do CC/2002), o que gera a interrupção da prescrição. Com a propositura da ação (art. 202, inc. I, do CC/2002), o prazo continuará a fluir? Se a resposta for afirmativa, o autor deve receber o seu crédito até o final do prazo, sob pena de extinção da pretensão. É essa a melhor interpretação? Acreditamos que não. Dois são os caminhos a seguir para responder negativamente. *O primeiro caminho é* apontado por Caio Mário da Silva Pereira.[190] Para esse autor, tem que se entender que nos casos de protesto (judicial ou extrajudicial) a citação para o procedimento definitivo (ação para cobrança, por exemplo) não perde o efeito interruptivo (*dualidade de interrupções da prescrição*). Diz Caio Mário, para chegar a essa conclusão, que "nenhuma lei pode receber interpretação que conduza ao absurdo". Como *segundo caminho*, pode-se entender que a ação proposta suspende a prescrição, conforme o art. 199, I, do CC, eis que a ação é uma condição suspensiva. A última proposta é a mais condizente com o texto legal, eis que está amparada naquilo que a codificação consagra.

c) A prescrição ainda é interrompida pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores (art. 202, IV, do CC). Aqui cabe somente destacar que a habilitação de crédito promovida pelo credor no processo de inventário, falência, ou insolvência civil interrompe a prescrição, havendo ato praticado pelo credor.

d) Qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor gera a interrupção da prescrição (art. 202, V, do CC). Assim, a notificação e a interpelação judicial, além do protesto judicial antes referido, continuam gerando a interrupção da prescrição, além de constituir o devedor em mora (mora *solvendi ex persona*). Neste ponto, também pode surgir hipótese relacionada à última polêmica discutida, ou seja, quanto à *dualidade das interrupções da prescrição*. *Deve ficar claro que a notificação extrajudicial, via cartório de títulos e documentos, não gera a interrupção da prescrição, pela ausência de previsão legal específica*. O mesmo pode ser dito quanto a qualquer ato extrajudicial promovido pelo credor com esse objetivo, caso de uma carta enviada pelo correio.

e) Restou evidenciado que o art. 202, nos seus incisos I a V, prevê casos em que *condutas do credor* podem gerar a interrupç da prescrição. Mas o inciso VI traz o único caso em que *condutas do devedor* trazem o mesmo efeito, a saber: "Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á: (...). VI – por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor". Como exemplos de atos que têm esse condão, podem ser citados o pagamento de juros ou de cláusula penal, o envio de correspondência reconhecendo a dívida, o seu pagamento parcial ou total, entre outros. Essas condutas podem ocorrer no plano judicial ou extrajudicial, segundo consta do próprio dispositivo transcrito. No plano judicial, vejamos concretização constante do Enunciado n. 416, da *V Jornada de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça: "A propositura de demanda judicial pelo devedor, que importe impugnação do débito contratual ou de cártula representativa do direito do credor, é causa interruptiva da prescrição". A confirmar tal enunciado doutrinário da jurisprudência superior: "constitui causa interruptiva da prescrição a propositura de demanda judicial pelo devedor, seja anulatória seja de sustação de protesto, que importe em impugnação de débito contratual ou de cártula representativa do direito do credor" (STJ, REsp 1.321.610/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 21.02.2013, publicado no seu *Informativo* n. *515*). De toda sorte, conforme outrora exposto, o presente autor entende que é

melhor enquadrar a propositura de demanda como condição suspensiva, e não como causa interruptiva.

Superada a análise das hipóteses de interrupção da prescrição, pertinente comentar outras regras que constam da novel codificação a respeito da matéria.

Inicialmente, prevê o parágrafo único do art. 202 que “a prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper”. Não há novidade nesse comando, que reconhece como o principal efeito da interrupção o reinício da contagem do prazo, cessada a sua causa, ao contrário do que ocorre com a suspensão, em que o prazo continua a contar de quando parou. Deve ficar claro que o efeito interruptivo cessa da ocorrência do ato que a interromper, seja no plano processual ou fora dele.

Por outra via, dispõe o art. 203 do CC em vigor que: “A prescrição pode ser interrompida por qualquer interessado”. O Código Civil atual apresenta agora um sentido genérico quanto às pessoas que podem, por ato próprio, interromper a prescrição. A expressão genérica “qualquer interessado” substitui o rol taxativo previsto anteriormente (CC/1916: “Art. 174. Em cada um dos casos do artigo 172, a interrupção pode ser promovida: I – Pelo próprio titular do direito em via de prescrição; II – Por quem legalmente o represente; III – Por terceiro que tenha legítimo interesse”). A inovação é mais justa, estando sintonizada como princípio da operabilidade. Adota-se um sentido aberto, o que está mais de acordo com a *concepção realeana*, que inspira o nosso Código Civil. Cabe interpretação pelo aplicador do direito, dentro da ideia de *ontognoseologia jurídica* antes estudada. Cabe ao juiz, dentro das regras de equidade e razoabilidade, apontar quem seria o *interessado* referido no dispositivo. Obviamente, continuam abarcadas pelo texto genérico atual as situações antes previstas, envolvendo o titular da pretensão, o seu representante e aquele que tenha legítimo interesse, como no caso do cocredor, do codevedor e dos sucessores das partes envolvidas com a pretensão. Todavia, o modelo atual é aberto (*numerus apertus*), e não mais fechado (*numerus clausus*).

Enuncia o art. 204, *caput*, do CC que a interrupção da prescrição por um credor não aproveita aos outros. Do mesmo modo, a interrupção operada contra o codevedor, ou seu herdeiro, não prejudica aos demais coobrigados. A codificação atual continua reconhecendo o caráter personalíssimo do ato interruptivo, sendo certo que este não aproveitará aos cocredores, codevedores ou herdeiros destes, nos casos de ausência de previsão de solidariedade. Sem prejuízo dessa previsão, constam regras específicas nos parágrafos do dispositivo.

De acordo com o seu § 1.º, excepcionando a regra prevista no *caput* do artigo, a interrupção da prescrição atingirá os credores e devedores solidários, bem como os herdeiros destes. Isso, se a solidariedade estiver prevista em lei ou no contrato celebrado pelas partes, seguindo a lógica do que consta do art. 265 do CC, pelo qual a solidariedade contratual não se presume nas relações civis.

O § 2.º do dispositivo expressa que no caso dos herdeiros do devedor, entretanto, deve ser

observada norma específica. Havendo interrupção contra um dos herdeiros do devedor solidário, esta não prejudicará os demais, a não ser que a obrigação seja indivisível (art. 258 do CC).

Por fim, de acordo com o § 3.º do art. 204, no caso de interrupção da prescrição em prejuízo do devedor principal, esta também atingirá o fiador. Isso porque, conforme regra básica do Direito Civil, tudo o que ocorre na obrigação principal repercute na obrigação acessória, natureza que possui o contrato de fiança, acessório por excelência (*princípio da gravitação jurídica*). Merece o mesmo tratamento legal as hipóteses em que o fiador tem a favor de si o benefício de ordem e o caso de o mesmo ser devedor solidário, sem qualquer distinção (arts. 827 e 828, CC/2002).

2.6.3 Regras quanto à decadência

Uma das novidades da codificação vigente consiste no tratamento específico dado à decadência, conceituada como a perda de um direito, em decorrência da ausência do seu exercício. Lembre-se mais uma vez os critérios científicos de Agnelo Amorim Filho, para quem os prazos decadenciais estão relacionados com direitos potestativos, bem como com aquelas ações que visam a constituir positiva ou negativamente atos e negócios jurídicos, como no caso da ação anulatória de negócio jurídico.

Além dessa diferenciação, fica fácil identificar um prazo decadencial no atual Código Civil, eis que estão todos expostos fora do art. 206 do CC, principalmente na Parte Especial da codificação. Ademais, repise-se, com tom didático, que os prazos em dias, meses e ano e dia serão sempre decadenciais, eis que os de prescrição são sempre em anos, conforme rol dos arts. 205 e 206 do Código. Mas fica o alerta: existem também prazos decadenciais em anos, como aqueles que constam dos arts. 178, 179, 501 e 1.649 da codificação emergente, entre outros.

A decadência pode ter origem na lei (*decadência legal*) ou na autonomia privada, na convenção entre as partes envolvidas com o direito potestativo (*decadência convencional*).

Conforme o art. 207 do CC/2002, salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição. A novidade do tratamento da decadência pode ser sentida nesse novo dispositivo, que prevê não se sujeitar a decadência às causas de impedimento, suspensão e interrupção da prescrição, já tratadas no presente capítulo. Entretanto, constam algumas exceções no próprio Código Civil, como a do artigo subsequente (art. 208 do CC/2002), pelo qual a prescrição não corre contra os absolutamente incapazes apresentados no art. 3.º do Código (menores de 16 anos, enfermos, doentes mentais e pessoas que por uma causa transitória ou definitiva não puderem manifestar sua vontade). Aplicando o último dispositivo, ilustre-se com decisão do STJ, publicada no seu *Informativo* n. *482*:

> "Ação rescisória. Prazo decadencial. Discute-se no REsp se o prazo de dois anos previsto no art. 495 do CPC para a propositura de ação rescisória flui em desfavor de incapazes. Noticiam os autos que os recorrentes, ainda menores de idade, ajuizaram ação de indenização visando à condenação dos recorridos pelos danos morais sofridos em razão da morte de seu avô, em virtude de acidente em que esteve envolvido veículo pertencente a um dos recorridos. O acórdão que julgou o recurso de apelação interposto reformou a sentença para julgar improcedente o pedido. Alegaram, na inicial da ação rescisória, que os fundamentos da improcedência tomaram o pedido relativo ao dano moral como se se tratasse de dano material, pois exigiu a dependência econômica como requisito para acolhimento do pleito. O relator, monocraticamente, julgou extinta a ação rescisória ao fundamento de ter ocorrido decadência. Alegam os recorrentes que, à época, por serem menores absolutamente incapazes, não fluia contra eles prazo, nem de decadência nem de prescrição. Admitido o REsp, o Min. Relator entendeu que o prazo para o ajuizamento da ação rescisória é de decadência (art. 495, CPC), por isso se aplica a exceção prevista no art. 208 do CC/2002, segundo a qual os prazos decadenciais não fluem contra os absolutamente incapazes. Esse entendimento foi acompanhado pelos demais Ministros, que deram provimento ao REsp e determinaram o prosseguimento da ação rescisória" (STJ, REsp 1.165.735/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 06.09.2011).

Além disso, o mesmo art. 208 do Código consagra o direito de ação regressiva dos incapazes e das pessoas jurídicas contra seus representantes ou assistentes para os casos de não alegação oportuna da decadência a favor do representado (art. 195 do CC). Essa ação regressiva também pode ser proposta contra o advogado que vier a representar o incapaz ou a empresa.

Ambos os comandos legais aqui estudados (arts. 207 e 208 do CC) devem ser aplicados tanto à *decadência legal* quanto à *decadência convencional*.

Inicialmente, cabe diferenciar a *decadência legal*, que tem origem na lei, como em dispositivos do Código Civil; da *decadência convencional*, que tem origem na vontade das partes, estando prevista em contrato. No caso da última, eventual extinção do contrato pela perda desse direito é conceituada como *caducidade contratual*.

Dizia Caio Mário da Silva Pereira que o tratamento dado à decadência convencional deveria ser, pelo menos em parte, o mesmo dado à prescrição, o que pode ser percebido pelo art. 209 do CC, pelo qual: "É nula a renúncia à decadência fixada em lei".[191] Dessa forma, não é admitida a renúncia à decadência legal, o mesmo não se podendo dizer quanto à convencional. Para esta última, por analogia, deve ser aplicada a regra do art. 191, cabendo a renúncia pelo devedor após a consumação, não sendo também aceita a renúncia prévia da decadência convencional.

Mas o que se percebe é que, se Caio Mário da Silva Pereira ainda estivesse entre nós, deveria rever os seus conceitos. Isso porque, de acordo com o art. 210 do CC, "deve o juiz, de ofício, conhecer da decadência, quando estabelecida por lei." Assim sendo, por envolver preceito de ordem pública, o juiz deve decretar de ofício a decadência legal, julgando a ação improcedente com a resolução do mérito, conforme o art. 269, inc. IV, do CPC. No que concerne à decadência convencional, há regra específica vedando o seu reconhecimento de ofício pelo juiz. Trata-se do art. 211 do CC, segundo o qual: "se a decadência for convencional, a parte a quem aproveita pode alegá-la em qualquer grau de jurisdição, mas o juiz não pode suprir a alegação".

Nesse ponto, o tratamento da decadência convencional não é mais igual ao da prescrição. Por isso é que, se ainda estivesse entre nós, Caio Mário teria que rever os seus conceitos. Isso, diante da Lei 11.280/2006, que revogou a previsão do art. 194 do CC e alterou o § 5.º, do art. 219, do CPC, prevendo que o juiz deve reconhecer de ofício a prescrição. Para esclarecer as diferenças entre a decadência legal e a convencional, propomos o quadro a seguir:

Decadência Legal	Decadência Convencional
Deve ser reconhecida de ofício pelo juiz (art. 210 do CC), como ocorre com a prescrição.	Não pode ser reconhecida pelo juiz (art. 211 do CC).
Não pode ser renunciada pela parte (art. 209 do CC).	Pode ser renunciada após a consumação, assim como ocorre com a prescrição.

Aliás, fazendo uma análise crítica, percebe-se, aqui, porque a lei processual quebrou com a harmonia do sistema civilista. A prescrição, agora, deve ser conhecida de ofício, como já era com a decadência legal. Então surge a indagação: será que ainda merece alento fático a regra pela qual a decadência convencional não pode ser conhecida de ofício? A este autor parece que não, fazendo uma análise sistemática da norma codificada. Todavia, cumpre frisar que o art. 211 do CC permanece incólume, pois a reforma do processo apenas revogou expressamente o art. 194 do CC.

A findar o capítulo, mais uma vez, um quadro comparativo entre os institutos é interessante para a fixação da matéria.

2.6.4 Quadro comparativo. Diferenças entre a prescrição e a decadência

Prescrição	Decadência
Extingue a pretensão.	Extingue o direito.
Prazos somente estabelecidos pela lei.	Prazos estabelecidos pela lei (decadência legal) ou por convenção das partes (decadência convencional).
Deve ser conhecida de ofício pelo juiz.	A decadência legal deve ser reconhecida de ofício pelo magistrado, o que não ocorre com a decadência convencional.
A parte pode não alegá-la. Pode ser renunciada pelo devedor após a consumação.	A decadência legal não pode ser renunciada, em qualquer hipótese. A decadência convencional pode ser renunciada após a consumação, também pelo devedor (mesmo tratamento da prescrição).

Prescrição	Decadência
Não corre contra determinadas pessoas.	Corre contra todas, com exceção dos absolutamente incapazes (art. 3.º do CC).

Previsão de casos de impedimento, suspensão ou interrupção.	Não pode ser impedida, suspensa ou interrompida, regra geral, com exceção de regras específicas.
Relacionada com direitos subjetivos, atinge ações condenatórias (principalmente cobrança e reparação de danos).	Relacionada com direitos potestativos, atinge ações constitutivas positivas e negativas (principalmente ações anulatórias).
Prazo geral de 10 anos (art. 205 do CC).	Não há, para a maioria da doutrina, prazo geral de decadência. Há um prazo geral para anular negócio jurídico, de dois anos contados da sua celebração, conforme o art. 179 do CC.
Prazos especiais de 1, 2, 3, 4 e 5 anos, previstos no art. 206 do CC.	Prazos especiais em dias, meses, ano e dia e anos (1 a 5 anos), todos previstos em outros dispositivos, fora dos arts. 205 e 206 do CC.

---

1 TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. Lei de introdução e parte geral. 7. ed. São Paulo: Método, 2011. v. 1. O Capítulo 2 da obra intitulado *Entendendo o Código Civil de 2002*.

2 BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O culturalismo de Miguel Reale e sua expressão no novo Código Civil. In: BRANCO, Gerson Luiz Carlos e MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 43.

3 REALE, Miguel. Exposição de motivos do anteprojeto do Código Civil. In: NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 1.118-1.119.

4 DELGADO, José. A ética e a boa-fé no novo Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz e ALVES, Jones Figueirêdo. *Questõe controvertidas do novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2003. p. 177.

5 TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos. Do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. 2. ed. Sã Paulo: Método, 2007. p. 415.

6 MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil brasileiro: em busca da "ética da situação". In: BRANCO, Gerson Luiz Carlos e MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 118.

7 ENGISCH, Karl. *Introdução do pensamento jurídico*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1964. p. 188.

8 Sobre o tema, ver, por todos: REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. Situação atual. 5. ed. 5. tir. São Paulo: Saraiva, 2003.

9 REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. Situação atual. 5. ed. 5. tir. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 57.

10 Ver: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. O Código Civil de 2002 e Constituição Federal: 5 anos e 20 anos. *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. Alexandre de Moraes (Coord.). São Paulo: Atlas, 2009. p. 463-519.

11 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

12 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 5.

13 TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. t. II.

14 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 95.

15 TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1.

16 Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 13.

17 MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo – A invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008. v. 7 (Coleçã Professor Gilmar Mendes), p. 114.

18 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 366-372.

19 TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1-22.

20 FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil*. Sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 10-11.

21 SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 223.

22 Todos os referenciais teóricos do jurista argentino constam em: LORENZETTI, Ricardo Luís. *Teoria da decisão judicial*. Trad. Bruno Miragem. Com notas e revisão de Claudia Lima Marques. São Paulo: RT, 2009.

23 MARQUES, Claudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo, RT*, p. 24. Trata-se de introdução da obra coletiva escrita em coautoria com Antonio Herman de V. e Benjamin e Bruno Miragem e que

praticamente apresentou o diálogo das fontes para a comunidade jurídica nacional.

[24] MARQUES, Claudia Lima. *Manual de direito do consumidor*. Antonio Herman V. Benjamim, Claudia Lima Marques e Leornardo Roscoe Bessa. São Paulo: RT, 2007. p. 91.

[25] CHINELLATO, Silmara Juny. *Código Civil interpretado*. Silmara Juny Chinellato (Coord.). Costa Machado (Org.). 3. ed. São Paulo: Manole, 2010. p. 27.

[26] CHINELLATO, Silmara Juny. *Código Civil interpretado*. Silmara Juny Chinellato (Coord.). Costa Machado (Org.). 3. ed. São Paulo: Manole, 2010. p. 28.

[27] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 35.

[28] TARTUCE, Flávio. A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no Direito Brasileiro. In: *Questões controvertidas do Código Civil*. Parte Geral. Mário Luiz Delgado e Jones Figueiredo Alves (Coords.). São Paulo: Método, 2007. v. 6, p. 83-104 e In: *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 33, 2007, p. 155-177.

[29] BEVILAQUA, Clóvis. *Código dos Estados Unidos do Brasil*. Editora Rio: 1940. v. I, p. 178.

[30] AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral do Direito Civil*. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2012, p. 10.

[31] VILLAÇA, Azevedo Álvaro. *Teoria Geral do Direito Civil*. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2012. p. 10-11.

[32] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 36.

[33] Ver sua obra já clássica sobre o tema: CHINELLATO, Silmara J. *A tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2001.

[34] CHINELLATO, Silmara Juny. *Código Civil interpretado*. Silmara Juny Chinellato (Coord.). Costa Machado (Org.). 3. ed. São Paulo: Manole, 2010. p. 29.

[35] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Parte Geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva 2005. v. I, p. 101.

[36] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.258.

[37] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva 2005. v. I, p. 117.

[38] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 47.

[39] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 47.

[40] TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. t. I, p. 50.

[41] FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 1.033.

[42] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Teoria geral do Direito Civil. 24. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, p. 142.

[43] AMARAL, Francisco. *Direito civil*. Introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 249.

[44] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil*. Teoria Geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 101-102.

[45] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 150.

[46] Classificação retirada de: DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 67.

[47] DE CUPIS, Adriano. Os direitos da personalidade. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Morais Editora, 1961. p. 111.

[48] LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Instituições de Direito Civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 939-940.

[49] LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Instituições de Direito Civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 939-940.

[50] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

[51] SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 12.

[52] SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 12.

[53] FIUZA, Ricardo. *O novo Código Civil e as propostas de aperfeiçoamento*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 36.

[54] ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil anotado*. São Paulo: Método, 2005. p. 23.

[55] BORGES, Roxana Cardoso. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 11.

[56] CHINELLATO, Silmara J. *Código Civil interpretado*. 3. ed. Coord. Silmara Juny Chinellato. São Paulo: Manole, 2010. p. 46-47.

[57] ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil anotado*. São Paulo: Método, 2005. p. 27.

[58] CARVALHO NETO, Inácio de. *Curso de direito civil brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2006. v. I, p. 134.

[59] SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 52.

[60] CHINELLATO, Silmara J. *Código Civil interpretado*. 3. ed. Coord. Silmara Juny Chinellato. São Paulo: Manole, 2010. p. 44

[61] SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 103.

[62] SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 136-137.

[63] CHINELLATO, Silmara Juny. *Código Civil interpretado*. Silmara Juny Chinellato (Coord.). Costa Machado (Org.). 3. ed. São Paulo: Manole, 2010. p. 47.

[64] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 119.

[65] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 119.

[66] NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 166.

[67] LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Instituições de Direito Civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 51.

[68] LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Instituições de Direito Civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 52.

[69] AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral do Direito Civil*. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2012, p. 13.

[70] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 213.

[71] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Teoria geral do Direito Civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p 230.

[72] DE CUPIS, Adriano. Os *direitos da personalidade*. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Morais Editora, 1961. p. 111.

[73] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 112.

[74] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 104-105.

[75] COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 2, p. 35.

[76] GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor*. 3. ed. Niterói: Impetus, 2007. p. 114.

[77] NICOLAU, Gustavo René. Desconsideração da personalidade jurídica. In: CANEZIN, Claudete Carvalho. *Arte jurídica*. Curitiba: Juruá, 2006. v. III, p. 236.

[78] COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 2. p. 66-67.

[79] MADALENO, Rolf. *Direito de família*. Aspectos polêmicos. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 31.

[80] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. I, p. 116.

[81] RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I, p. 116.

[82] Discorrendo sobre o tema do patrimônio mínimo em tópico próprio, entre os *manuais* contemporâneos: FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil*. Teoria geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 315-317; EHRDARDT JR., Marcos. *Direito civil*. LICC e parte geral. Salvador: Juspodivm, 2009. v. 1, p. 330-335.

[83] FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

[84] FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 190.

[85] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129.

[86] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Parte Geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva 2005. v. I, p. 294.

[87] RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 117.

[88] FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 113.

[89] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil*. Teoria geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 312.

[90] LÔBO, Paulo. *Direito civil*. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 203.

[91] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 139.

[92] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Teoria geral do direito civil. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 346.

[93] Na mesma linha, na doutrina contemporânea: AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral do Direito Civil*. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2012, p. 137; VENOSA, Sílvio de Salvo: *Código Civil Interpretado*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 91; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Parte Geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. I, p. 310; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1, p. 283.

[94] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 140.

[95] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 971

[96] LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002. v. I, p. 256.

[97] PIVA, Rui Carvalho. *Bem ambiental*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

[98] AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família*. São Paulo: José Bushatsky, 1974. p. 19. Trata-se da tese de doutorado do jurista, defendida na Universidade de São Paulo.

[99] VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 15.

[100] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: RT, 1974. t. II, p. 447.

[101] MOREIRA ALVES, José Carlos. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

[102] AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico. Existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 16.

[103] AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral do Direito Civil*. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2012. p. 169.

[104] LARENZ, Karl. Derecho civil. Parte general. Tradução e Notas de Miguel Izquierdo y Mácias-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978. p. 422.

[105] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 137.

[106] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: RT, 1974. t. II, p. 373.

[107] LÔBO, Paulo. *Direito Civil*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 232.

[108] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Parte Geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. I, p. 324.

[109] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Parte Geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. II, p. 325.

[110] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. I, p. 343-344.

[111] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: RT, 1974. t. III, IV e V.

[112] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: RT, 1974. t. III, p. 15.

[113] RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. Parte Geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 1, p. 291-292.

[114] LIMONGI FRANÇA. Rubens. *Instituições de direito civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 157.

[115] RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. Parte Geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, v. 1, p. 290-291.

[116] LARENZ, Karl. *Derecho civil*. Parte general. Tradução e Notas de Miguel Izquierdo y Mácias-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978. p. 453.

[117] LARENZ, Karl. *Derecho civil*. Parte general. Tradução e Notas de Miguel Izquierdo y Mácias-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978. p. 461-464.

[118] NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 231.

[119] REALE, Miguel. Um artigo-chave do Código Civil. *História do Novo Código Civil*. Biblioteca de Direito Civil. Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale. São Paulo: RT, 2005. v. 1, p. 240.

[120] AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral do Direito Civil*. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2012, p. 177.

[121] BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Ed. histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. t. I, p. 386.

[122] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. Parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 1, p. 415.

[123] MENGER, Antonio. *El derecho civil y los pobres*. Trad. Adolfo Posada. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1898.

[124] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Teoria geral do direito civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 435.

[125] RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. São Paulo: RT, 1994. p. 244.

[126] DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2005. t. I, p. 902.

[127] RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. São Paulo: RT, 1994. p. 301.

[128] RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. São Paulo: RT, 1994. p. 361.

[129] SIMÃO, José Fernando. Requisitos do erro como vício do consentimento no Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2007. v. 6, p. 359.

[130] SIMÃO, José Fernando. Requisitos do erro como vício do consentimento no Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2007. v. 6, p. 452-453.

[131] VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 76.

[132] ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil anotado*. São Paulo: Método, 2005. p. 95.

[133] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 176.

[134] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1, p. 408.

[135] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 181.

[136] LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002. v. I, p. 412.

[137] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 184.

[138] BRITO, Rodrigo Toscano de. Estado de perigo e lesão: entre a previsão de nulidade e a necessidade de equilíbrio das relações contratuais. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005. v. IV, p. 63.

[139] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil*. Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1, p. 431.

[140] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

[141] CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos*. Do CDC ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007.

[142] Sobre tal distinção, ver, por todos AZEVEDO, Álvaro Villaça.: O novo Código Civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva – *laesio enormis*. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2004. v. II.

[143] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 195.

[144] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 187.

[145] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. I, p. 402.

[146] CARVALHO NETO, Inácio de. *Curso de direito civil brasileiro*. Curitiba: Juruá, v. I, p. 433, 2006.

[147] LÔBO, Paulo. *Direito civil*. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 306.

[148] AMARAL, Francisco. *Direito civil*. Introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 531.

[149] AMARAL, Francisco. *Direito civil*. Introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 531.

[150] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil. Teoria geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 427.

[151] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 190.

[152] VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 92.

[153] ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil anotado. São Paulo: Método*, 2005. p. 82.

[154] NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 228.

[155] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 154.

[156] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 122.

[157] AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral do Direito Civil*. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2012, p. 183.

[158] NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 229.

[159] LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002. v. I, p. 454.

[160] CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v. II, p. 219.

[161] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 194.

[162] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: RT, 1974, t. III, p. 144.

[163] VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 77.

[164] VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 84.

[165] SCHÜTZER DEL NERO, João Alberto. *Conversão substancial do negócio jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 278.

[166] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 203.

[167] SIMÃO, José Fernando. Tempo e direito civil. Prescrição e decadência. Tese apresentada à Faculdade de Direito da USP como requisito para obtenção do título de Livre-Docente em Direito Civil. São Paulo: 2011, p. 290.

[168] VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 277.

[169] LÔBO, Paulo. *Direito civil*. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 315.

[170] THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. t. I, v. III, p. 595.

[171] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Parte Geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. I, p. 433-434.

[172] VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 331.

[173] VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 331.

[174] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 204.

[175] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 198.

[176] TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de; BARBOZA, Heloísa Helena. *Código Civil interpretado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 1, p. 328.

[177] AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações

imprescritíveis. *RT* 300/7 e 744/725.

[178] MOREIRA ALVES, José Carlos. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 161.

[179] Alves, Jones Figueirêdo; Delgado, Mário Luiz. *Código Civil anotado*. São Paulo: Método, 2005. p. 122.

[180] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 215.

[181] NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 6. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 408.

[182] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 218.

[183] LISBOA, Roberto Senise. In: CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti, TALAVERA, Glauber Moreno, FUJITA, Jorge Shiguemitsu e SCAVONE JR., Luiz Antonio. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: RT, 2006. p. 283.

[184] MAZZEI, Rodrigo Reis. A prescrição e a sua pronúncia de ofício. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2007. v. 6, p. 553.

[185] SIMÃO, José Fernando. Prescrição e sua alegação – Lei 11.280 e a revogação do art. 194 do Código Civil. *Jornal Carta Forense, São Paulo*, n. 34, abr. 2006.

[186] AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral do Direito Civil*. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2012. p. 405.

[187] MAZZEI, Rodrigo Reis. A prescrição e a sua pronúncia de ofício. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2007. v. 6, p. 553.

[188] GONÇALVES, Carlos Roberto. Prescrição: questões relevantes e polêmicas. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas do novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2003. v. I.

[189] YARSHELL, Flávio Luiz. A interrupção da prescrição pela citação: confronto entre o novo Código Civil e o Código de Processo Civil. *Síntese Jornal*, Porto Alegre: Síntese, n. 75, p. 13, maio 2003.

[190] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2003. v. I, p. 700.

[191] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2003. v. I, p. 691-692.

3

TEORIA GERAL DAS OBRIGAÇÕES

3.1 O CONCEITO DE OBRIGAÇÃO E SEUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Tanto a obrigação quanto o contrato assumem hoje o ponto central do Direito Privado, sendo tido por muitos como os institutos jurídicos mais importantes de todo o Direito Civil. Assim também os visualizamos. Para a compreensão dessas figuras negociais, é imprescindível que o estudioso e aplicador do direito domine os conceitos básicos que decorrem da relação jurídica obrigacional, matéria que muitas vezes é relegada a um segundo plano, supostamente por não ter grande aplicação prática, o que constitui um erro imperdoável.

Diante de sua primaz importância é que a teoria geral das obrigações é o primeiro tema a ser tratado pela parte especial da codificação, entre os seus arts. 233 a 420. Os pontos que serão a partir de agora abordados não interessam somente ao Direito Contratual ou Obrigacional, mas também a

todo o Direito Privado.

Quanto à divisão básica entre direitos pessoais patrimoniais e direitos reais, o direito obrigacional funciona como cerne principal dos primeiros. De toda sorte, superando essa clássica divisão, cumpre lembrar que existem obrigações que geram efeitos reais. É o caso da obrigação *propter rem*, ou *própria da coisa*; também denominada *obrigação ambulatória*, pois segue a coisa onde quer que se encontre. A título de exemplo, podem ser citadas as obrigações tributárias que recaiam sobre o imóvel (*v.g.*, IPTU) e a obrigação do proprietário de pagar as despesas de condomínio.

Partindo para o conceito de obrigação, vejamos a definição da doutrina clássica e contemporânea:

- Washington de Barros Monteiro – a obrigação é "a relação jurídica, de caráter transitório, estabelecida entre devedor e credor e cujo objeto consiste numa prestação pessoal econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento através de seu patrimônio".[1]
- Rubens Limongi França – "é o vínculo jurídico ou de equidade, pelo qual alguém está adstrito a, em benefício de outrem, realizar uma prestação".[2]
- Álvaro Villaça Azevedo – "a obrigação é a relação jurídica transitória, de natureza econômica, pela qual o devedor fica vinculado ao credor, devendo cumprir determinada prestação positiva ou negativa, cujo inadimplemento enseja a este executar o patrimônio daquele para a satisfação de seu interesse".[3]
- Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho – obrigação é a "relação jurídica pessoal por meio da qual uma parte (devedora) fica obrigada a cumprir, espontânea ou coativamente, uma prestação patrimonial em proveito da outra (credor)".[4]
- Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald – "relação jurídica transitória, estabelecendo vínculos jurídicos entre duas diferentes partes (denominadas credor e devedor, respectivamente), cujo objeto é uma prestação pessoal, positiva ou negativa, garantido o cumprimento, sob pena de coerção judicial".[5]

Reunindo todos os pareceres expostos, conceitua-se a obrigação como sendo *a relação jurídica transitória, existente entre um sujeito ativo, denominado credor, e outro sujeito passivo, o devedor, e cujo objeto consiste em uma prestação situada no âmbito dos direitos pessoais, positiva ou negativa. Havendo o descumprimento ou inadimplemento obrigacional, poderá o credor satisfazer-se no patrimônio do devedor*.

Como se pode notar, a questão do descumprimento ou inadimplemento ingressa no próprio conceito de obrigação. Isso porque, para o Direito, interessa mais o descumprimento do que o cumprimento da obrigação, já que se trata de uma ciência que lida com o conflito. Desse modo, de acordo com essa construção, são elementos constitutivos da obrigação:

a) *Elementos subjetivos*: o credor (sujeito ativo) e o devedor (sujeito passivo).

b) *Elemento objetivo imediato*: a prestação.

c) *Elemento imaterial, virtual ou espiritual*: o vínculo existente entre as partes.

Não se pode afastar a constante influência que exercem os *princípios da eticidade* e *da socialidade* sobre o direito obrigacional, notadamente a boa-fé objetiva e a função social, princípios esses relacionados com a concepção social da obrigação e com a conduta leal dos sujeitos obrigacionais. Será demonstrado que essa visualização é indeclinável, o que vem ocorrendo na melhor doutrina e em inúmeros julgados.

No que concerne à função social das obrigações, Fernando Noronha elenca as mesmas em três categorias: obrigações negociais, de responsabilidade civil e de enriquecimento sem causa, destacando que "na atual sociedade de massas se exige uma acrescida proteção, em nome da justiça social, daqueles interesses que aglutinam grandes conjuntos de cidadãos".[6] No que concerne à boa-fé objetiva, Judith Martins-Costa prega uma nova metodologia quanto ao direito das obrigações e uma nova construção da relação obrigacional que deve ser tida como *uma relação de cooperação*.[7] Nesse contexto, Nelson Rosenvald sintetiza muito bem como deve ser encarada a obrigação atualmente:

> "A obrigação deve ser vista como uma relação complexa, formada por um conjunto de direitos, obrigações e situações jurídicas, compreendendo uma série de deveres de prestação, direitos formativos e outras situações jurídicas. A obrigação é tida como um processo – uma série de atos relacionados entre si –, que desde o início se encaminha a uma finalidade: a satisfação do interesse na prestação. Hodiernamente, não mais prevalece o *status* formal das partes, mas a finalidade à qual se dirige a relação dinâmica. Para além da perspectiva tradicional de subordinação do devedor ao credor existe o bem comum da relação obrigacional, voltado para o adimplemento, da forma mais satisfativa ao credor e menos onerosa ao devedor. O bem comum na relação obrigacional traduz a solidariedade mediante a cooperação dos indivíduos para a satisfação dos interesses patrimoniais recíprocos, sem comprometimento dos direitos da personalidade e da dignidade do credor e devedor."[8]

Quando o doutrinador faz menção à *obrigação como um processo*, está fazendo referência ao trabalho de Clóvis do Couto e Silva. Esse autor, inspirado na doutrina alemã, ensina que a obrigação deve ser encarada como um *processo de colaboração contínua e efetiva entre as partes*.[9] Com tais premissas teóricas deve ser encarada a obrigação, o que será feito no presente capítulo.

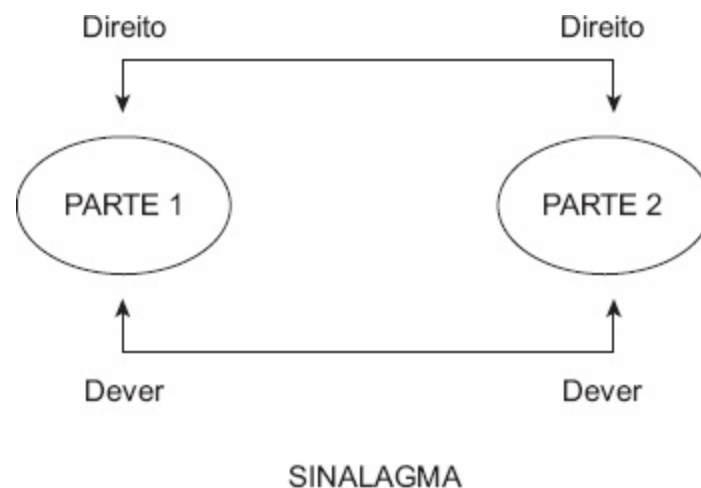
Superados tais esclarecimentos categóricos, passa-se ao estudo detalhado dos elementos obrigacionais.

3.1.1 Elementos subjetivos da obrigação

São os elementos pessoais, os sujeitos ou pessoas envolvidas na relação jurídica obrigacional, a saber:

a) *Sujeito ativo* – é o beneficiário da obrigação, podendo ser uma pessoa natural ou jurídica ou, ainda, um ente despersonalizado a quem a prestação é devida. É denominado *credor*, sendo aquele que tem o *direito* de exigir o cumprimento da obrigação.

b) *Sujeito passivo* – é aquele que assume um *dever*, na ótica civil, de cumprir o conteúdo da obrigação, sob pena de responder com seu patrimônio. É denominado *devedor*. Recomenda-se a utilização da expressão *deveres* que consta do art. 1.º do atual Código Civil, em detrimento do termo *obrigações*, previsto no art. 2.º do CC/1916 e que está superado.

Interessante deixar claro que, na atualidade, dificilmente alguém assume a posição isolada de credor ou devedor em uma relação jurídica. Na maioria das vezes, as partes são, ao mesmo tempo, credoras e devedoras entre si, presente a proporcionalidade de prestações denominada *sinalagma*, como ocorre no contrato de compra e venda. Tal estrutura também é denominada *relação jurídica obrigacional complexa*, constituindo a base do negócio jurídico relacionada com a obrigação. O esquema a seguir demonstra muito bem como é a estrutura do *sinalagma obrigacional*.

SINALAGMA

Como se pode verificar, o desenho tem um formato geométrico retangular, conduzindo a um ponto de equilíbrio. De fato, o sinalagma é um todo equilibrado, e sendo quebrado, justifica-se a ineficácia ou a revisão da obrigação. A quebra do sinalagma é tida como geradora da onerosidade excessiva, do desequilíbrio negocial, como um *efeito gangorra*.

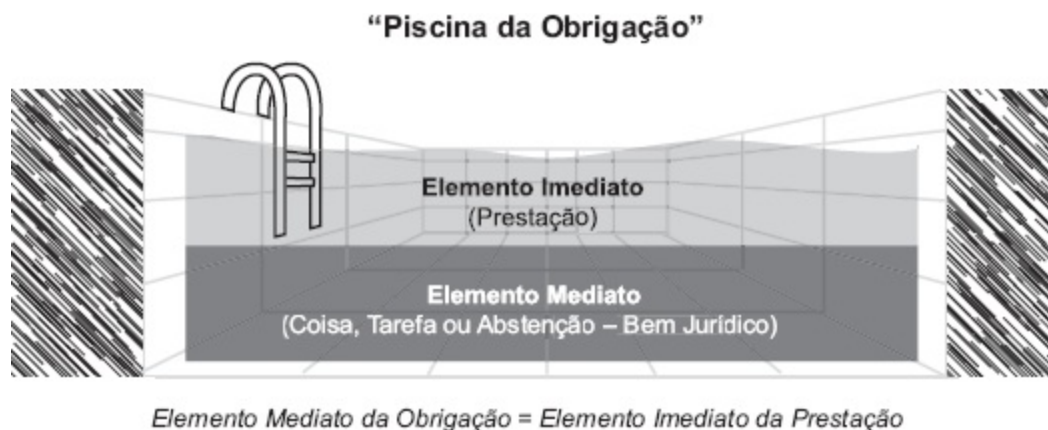
3.1.2 Elemento objetivo ou material da obrigação

Trata-se do conteúdo da obrigação. O *objeto imediato da obrigação*, perceptível de plano, é a *prestação*, que pode ser positiva ou negativa. Sendo a obrigação positiva, ela terá como conteúdo o dever de entregar coisa certa ou incerta (obrigação de dar) ou o dever de cumprir determinada tarefa (obrigação de fazer). Sendo a obrigação negativa, o conteúdo é uma abstenção (obrigação de não fazer).

Por outro lado, percebe-se que o *objeto mediato da obrigação* pode ser uma coisa ou uma tarefa a ser desempenhada, positiva ou negativamente. Como exemplo de objeto mediato da

obrigação, pode ser citado um automóvel ou uma casa em relação a um contrato de compra e venda. Esse também é o *objeto imediato da* ***prestação***. Alguns doutrinadores apontam que o objeto mediato da obrigação ou objeto imediato da prestação é o *bem jurídico tutelado*, entendimento esse que, igualmente, é bastante plausível.[10]

Visando a delimitar e distinguir tais conceitos, este autor criou um desenho lógico que esquematiza as categorias. Assim, a obrigação pode ser comparada a uma *piscina*, com duas camadas:

Elemento Mediato da Obrigação = Elemento Imediato da Prestação

Pelo desenho que simboliza a obrigação, na parte rasa, está o elemento imediato da obrigação: a prestação; e, no fundo, está o seu elemento mediato, que é a coisa, tarefa ou abstenção. Pois bem, o elemento mediato da **obrigação** é o elemento imediato da **prestação**, o que pode ser facilmente percebido pelo esquema.

A encerrar o tópico, esclareça-se que para a obrigação ser válida no âmbito jurídico, todos os elementos mencionados, incluindo a prestação e seu objeto, devem ser lícitos, possíveis (física e juridicamente), determinados ou, pelo menos, determináveis e, por fim, ter forma prescrita ou não defesa em lei (art. 104 do CC). A obrigação em si, para ter validade, deve ser também economicamente apreciável. A violação dessas regras gera a nulidade da relação obrigacional, sendo aplicado o art. 166 do CC.

3.1.3 Elemento imaterial, virtual ou espiritual da obrigação

O elemento em questão é o *vínculo jurídico* existente na relação obrigacional, ou seja, é o elo que sujeita o devedor à determinada prestação – positiva ou negativa –, em favor do credor, constituindo o liame legal que une as partes envolvidas.

A melhor expressão desse vínculo está estabelecida no art. 391 do CC 2002, com a previsão segundo a qual todos os bens do devedor respondem no caso de inadimplemento da obrigação. Esse artigo traz o princípio da *responsabilidade patrimonial do devedor*, sendo certo que a prisão civil por dívidas não constitui regra de nosso ordenamento jurídico, mas exceção. Como se sabe, a prisão

civil somente seria possível em duas hipóteses, conforme prevê literalmente o art. 5.º, LXVII, da CF/1988, nos casos de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia ou nos casos envolvendo o depositário infiel.

Quanto à última hipótese legal, houve uma mudança substancial diante da Emenda Constitucional 45. Isso porque o Supremo Tribunal Federal, recentemente, afastou a possibilidade de prisão por dívida do depositário infiel, havendo depósito típico, atípico ou judicial. A conclusão girou em torno da Emenda Constitucional 45, que deu aos tratados internacionais de direitos humanos o *status* constitucional, ou *supra legal*. É cediço que o Brasil é signatário da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que proíbe a prisão civil por descumprimento contratual, não sendo a prisão civil no depósito compatível com a realidade constitucional brasileira (cf. julgados publicados no *Informativo* n. *531 do STF*, de dezembro de 2008). Mais recentemente, deixando bem clara essa opção, foi editada pelo STF a Súmula Vinculante 25, com seguinte teor: "É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito".

Superado esse ponto, é interessante lembrar que o art. 391 do CC, quando analisado em conjunto com os arts. 389 e 390, consagra a *responsabilidade civil contratual ou negocial*, presente nos casos em que uma obrigação assumida por uma das partes não é cumprida. O art. 389 deve ser aplicado para os casos de inadimplemento absoluto ou relativo da obrigação positiva (dar e fazer), enquanto o art. 390 para aqueles envolvendo a obrigação negativa (não fazer). No plano técnico, para denotar a responsabilidade civil contratual, não devem ser utilizados os arts. 186 e 927 da codificação vigente, pois tais comandos legais fundamentam a responsabilidade civil extracontratual ou *aquiliana*. Ainda prevalece, na doutrina, a visão clássica de divisão dualista da responsabilidade civil, em responsabilidade contratual e extracontratual. Adverte-se, contudo, que a tendência é a unificação do tema, o que pode ser percebido pelo sistema adotado pelo Código de Defesa do Consumidor.

No que concerne à redação do art. 391 do CC, é preciso um esclarecimento importante. Isso porque prevê o dispositivo que "Pelo inadimplemento das obrigações respondem **todos** os bens do devedor" (destacamos). Ora, o dispositivo consagra expressamente a responsabilidade integral de todos os bens do devedor. Entretanto, como é notório, existem alguns bens do devedor que estão protegidos, particularmente aqueles reconhecidos como impenhoráveis. Melhor é, portanto, a redação do art. 591 do CPC, pela qual "O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei". Os bens absolutamente impenhoráveis constam expressamente do art. 649 do mesmo CPC.

Ainda sobre o elemento imaterial obrigacional, deve-se compreender que está superada a *teoria monista* ou *unitária* da obrigação, pela qual essa seria consubstanciada por um único elemento: o vínculo jurídico que une a prestação e os elementos subjetivos. Prevalece atualmente na doutrina

contemporânea a *teoria dualista* ou *binária*, de origem alemã, pela qual a obrigação é concebida por uma relação débito/crédito. A teoria é atribuída, no Direito Alemão e entre outros, a Alois Brinz, tendo sido desenvolvida no final do século XIX.

A superação daquela velha teoria pode ser percebida a partir do estudo dos dois elementos básicos da obrigação: o *débito* (*Schuld*) e a *responsabilidade* (*Haftung*), sobre os quais a obrigação se encontra estruturada.[11]

Inicialmente, o *Schuld* é o dever legal de cumprir com a obrigação, o dever existente por parte do devedor. Havendo o adimplemento da obrigação surgirá apenas esse conceito. Mas, por outro lado, se a obrigação não é cumprida, surgirá a responsabilidade, o *Haftung*. Didaticamente, pode-se utilizar a palavra *Schuld* como sinônima de *debitum* e *Haftung*, de *obligatio*.

Sem dúvida é possível identificar uma situação em que há *Schuld* sem *Haftung* (*debitum* sem *obligatio*), qual seja, na obrigação natural, que mesmo existente não pode ser exigida, pois é uma obrigação incompleta. Cite-se, a título de exemplo, a dívida prescrita, que pode ser paga – por existir –, mas não pode ser exigida. Tanto isso é verdade que, paga uma dívida prescrita, não caberá ação de repetição de indébito (art. 882 do CC).

Por outro lado haverá *Haftung* sem *Schuld* (*obligatio* sem *debitum*) na fiança, garantia pessoal prestada por alguém (fiador) em relação a um determinado credor. O fiador assume uma responsabilidade, mas a dívida é de outra pessoa. O contrato de fiança é celebrado substancialmente entre fiador e credor. Tanto isso é verdade que pode ser celebrado sem o consentimento do devedor ou até contra a sua vontade (art. 820 do CC).

Justamente por tais possibilidades é que se entende, como parte da doutrina, que a teoria monista ou unitária encontra-se superada, prevalecendo atualmente a *teoria dualista ou binária*. A última visão, mais completa, acaba sendo a mais adequada para explicar o fenômeno contemporâneo obrigacional, principalmente nos casos descritos.

3.2 DIFERENÇAS CONCEITUAIS ENTRE OBRIGAÇÃO, DEVER, ÔNUS E DIREITO POTESTATIVO

Os conceitos apontados são fundamentais para a compreensão da matéria. Vejamos de forma detalhada:

– *Dever jurídico e obrigação* – Contrapõe-se a um direito subjetivo de exigi-lo, constituindo, segundo Francisco Amaral, na "situação passiva que se caracteriza pela necessidade do devedor observar um certo comportamento, compatível com o interesse do titular do direito subjetivo".[12] O *dever jurídico* engloba não só as relações obrigacionais ou de direito pessoal, mas também aquelas de natureza real, relacionadas com o Direito das Coisas. Podem ter ainda por objeto o Direito de Família, o Direito das Sucessões, o Direito de Empresa e os direitos da personalidade. Para diferenciá-lo da obrigação,

salientam Giselda Hironaka e Renato Franco que "em sentido mais estrito, situar-se-á a ideia de obrigação, referindo-se apenas ao dever oriundo à relação jurídica creditória (pessoal, obrigacional). Mas não apenas isto. Na obrigação, em correspondência a este dever jurídico de prestar (do devedor), estará o direito subjetivo à prestação (do credor), direito este que, se violado – se ocorrer a inadimplência por parte do devedor –, admitirá, ao seu titular (o credor), buscar no patrimônio do responsável pela inexecução (o devedor) o necessário à satisfação compulsória do seu crédito, ou à reparação do dano causado, se este for o caso".[13] O dever jurídico, contrapondo-se a direitos subjetivos de cunho patrimonial, está relacionado a prazos prescricionais (arts. 205 e 206 do CC).

– *Ônus jurídico* – Para Orlando Gomes, o ônus jurídico é "a necessidade de agir de certo modo para a tutela de interesses próprios".[14] São exemplos de ônus, para o autor baiano: "levar o contrato ao registro de títulos e documentos para ter validade perante terceiro; inscrever o contrato de locação no registro de imóveis para impor sub-rogação ao adquirente do prédio". Pode-se afirmar, nesse sentido, que o desrespeito ao ônus gera consequências somente para aquele que o detém. Cite-se, na ótica processual, o ônus de provar, previsto no art. 333, I, do CPC. Efetivamente, caso a parte não prove o que alegou em juízo, suportará as consequências da procedência ou improcedência da demanda, que também poderá repercutir na sua esfera patrimonial. Tal efeito diferencia a categoria do dever, pois se o último não for cumprido haverá consequências para todas as partes envolvidas, surgindo daí a *responsabilidade*.

– *Direito potestativo* – É aquele que se contrapõe a um estado de sujeição, pois *encurrala a outra parte*. Para Francisco Amaral "direito potestativo é o poder que a pessoa tem de influir na esfera jurídica de outrem, sem que este possa fazer algo que não se sujeitar. (...) Opera na esfera jurídica de outrem, sem que este tenha algum dever a cumprir".[15] Em suma, no estado de sujeição *não há saída*, pois a pessoa tem que se sujeitar àquela situação, como indica a sua própria denominação. A título de exemplo, podem ser citados os casos da existência de impedimentos matrimoniais (art. 1.521 do CC), as causas de anulabilidade do casamento (art. 1.550 do CC) e a exigência legal para certos atos, de outorga do outro consorte (art. 1.647 do CC), sob pena, na última hipótese, de anulabilidade do ato ou negócio praticado (art. 1.649 do CC). O direito potestativo está relacionado aos prazos decadenciais.

3.3 AS FONTES OBRIGACIONAIS NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

A palavra fonte é uma expressão figurada, indicando o elemento gerador, o fato jurídico que deu origem ao vínculo obrigacional. A expressão ainda pode servir para exprimir quais são as manifestações jurídicas, aqui, de natureza obrigacional. Pois bem, na esteira da melhor doutrina são consideradas fontes das obrigações:

a) *Lei* – é a "fonte primária ou imediata de todas as obrigações, pois, como pudemos apontar em páginas anteriores, os vínculos obrigacionais são relações jurídicas".[16] Alguns autores, entretanto, não concordam com o entendimento pelo qual a lei é fonte obrigacional. Entre os contemporâneos, Fernando Noronha opina que a lei sozinha não é fonte obrigacional, sendo necessária a presença da autonomia privada, antigamente denominada como autonomia da vontade.[17] No Direito Civil Contemporâneo, a autonomia privada pode ser conceituada como o direito que a pessoa tem de regulamentar os próprios interesses, o que decorre dos princípios constitucionais da liberdade e da dignidade humana.

b) *Contratos* – são tidos como fonte principal do direito obrigacional, afirmação com a qual é de se concordar integralmente. Como exemplo, podem ser citadas as figuras tipificadas no Código Civil de 2002, tais como a compra e venda, o contrato estimatório, a doação, a locação, o comodato, o mútuo, a prestação de serviços, a empreitada, o depósito, o mandato, entre outros tipos. Para fins didáticos, demonstrando que a concepção de contrato não se confunde com a de obrigação, pode-se conceituar o primeiro, em uma visão clássica ou moderna, como o *negócio jurídico bilateral ou plurilateral que visa à criação, modificação e extinção de direitos e deveres com conteúdo patrimonial*. Esse conceito, seguido amplamente

na doutrina brasileira, está inspirado no art. 1.321 do Código Civil italiano.

c) *Os atos ilícitos e o abuso de direito* – são fontes importantíssimas do direito obrigacional, com enorme aplicação prática. Gerando o dever de indenizar, é forçoso entender que o abuso de direito (art. 187 do CC) também constitui fonte de obrigações.

d) *Os atos unilaterais* – são as declarações unilaterais de vontade, fontes do direito obrigacional que estão previstas no Código Civil, caso da *promessa de recompensa*, da *gestão de negócios*, do *pagamento indevido* e do *enriquecimento sem causa*.

e) *Os títulos de crédito* – são os documentos que trazem em seu bojo, com caráter autônomo, a existência de uma relação obrigacional de natureza privada. Têm tratamento no Código Civil, a partir do seu art. 887. A codificação privada somente se aplica aos títulos de crédito atípicos, aqueles sem previsão legal específica (art. 903 do CC).

Vejamos no presente capítulo algumas abordagens a respeito dos atos unilaterais. Os atos ilícitos e os contratos serão objeto de capítulos específicos desta obra. Quanto aos títulos de crédito, continuam a interessar, pelo menos por enquanto, ao Direito Empresarial.

3.4 BREVE ESTUDO DOS ATOS UNILATERAIS COMO FONTES DO DIREITO OBRIGACIONAL

De início é interessante diferenciar os atos unilaterais dos contratos, quanto à sua formação. Nos contratos, a obrigação nasce a partir do momento em que for verificado o *choque ou encontro de vontades* entre as partes negociantes, em regra. Nas declarações unilaterais de vontade ou atos unilaterais a obrigação nasce da simples declaração de uma única parte, formando-se no instante em que o agente se manifesta com a intenção de assumir um dever obrigacional. Sendo emitida a declaração de vontade, esta se torna plenamente exigível ao chegar ao conhecimento a quem foi direcionada. O Código Civil em vigor consagra expressamente os seguintes atos unilaterais como fontes obrigacionais:

- promessa de recompensa (arts. 854 a 860 do CC);
- gestão de negócios (arts. 861 a 875 do CC);
- pagamento indevido (arts. 876 a 883 do CC);
- enriquecimento sem causa (arts. 884 a 886 do CC).

Passa-se ao estudo de tais institutos de forma pontual.

3.4.1 Da promessa de recompensa

Enuncia o art. 854 do CC que “aquele que, por anúncios públicos, se comprometer a recompensar, ou gratificar a quem preencha certa condição ou desempenhe certo serviço, contrai

obrigação de cumprir o prometido". A pessoa que cumprir a tarefa prevista na declaração, executando o serviço ou satisfazendo a condição, ainda que não esteja movida pelo interesse da promessa, poderá exigir a recompensa estipulada (art. 855 do CC). Esse dispositivo valoriza a eticidade e a boa-fé objetiva, merecendo comentários a título de exemplo.

Imagine-se, para ilustrar, um caso em que alguém perdeu um animal de estimação, um cachorro. Para recuperar o animal, o dono coloca uma faixa em uma avenida de grande circulação, oferecendo uma recompensa. Alguém que conhece o cão e o seu dono, mas que no momento desconhece a promessa, encontra o animal e o leva à casa do seu proprietário. Essa pessoa terá direito à recompensa, pois agiu conforme os ditames da boa-fé. Também terá direito aos valores gastos com o cumprimento da tarefa, como, por exemplo, as despesas feitas para a alimentação do animal, cuidados veterinários e transporte.

A revogação da promessa de recompensa está prevista no art. 856 da atual codificação, sendo possível antes de prestado o serviço ou preenchida a condição e desde que seja feita com a mesma publicidade da declaração. Se for fixado um prazo para a execução da tarefa haverá, em regra, renúncia ao direito de revogação na vigência desse prazo.

No caso de revogação da promessa, se algum candidato de boa-fé tiver feito despesas, terá direito a reembolso quanto a tais valores. Discute-se se haverá direito à recompensa se o candidato tiver executado a tarefa a contento, não sabendo da revogação da estipulação. Pela valorização da boa-fé e pelo que consta do art. 855, é forçoso concluir que a resposta não pode ser outra que não a positiva. Nesse sentido, vale citar o Código Civil português, que estabelece em seu art. 459, (parágrafo) 2: "Na falta de declaração em contrário, o promitente fica obrigado mesmo em relação àqueles que se encontrem na situação prevista ou tenham praticado o facto sem atender à promessa ou na ignorância dela".

No caso da execução conjunta ou plúrima, sendo o ato contemplado na promessa praticado por mais de um indivíduo, terá direito à recompensa o que primeiro o executou (art. 857 do CC). Entretanto, sendo simultânea a execução, a cada um tocará quinhão igual na recompensa, caso seja possível a divisão (art. 858 do CC). Se a estipulação tiver como conteúdo um bem indivisível, deverá ser realizado um sorteio. Aquele que obtiver a coisa (vencedor) dará ao outro o valor correspondente ao seu quinhão. Esse sorteio deverá ser realizado dentro das regras legais, da razoabilidade e do bom senso (mais uma aplicação da eticidade, da boa-fé objetiva).

No caso de concursos que se abrirem com promessa pública de recompensa, é condição essencial, para valerem, a fixação de um prazo, observadas também as regras analisadas anteriormente (art. 859 do CC). Nesses concursos, é comum a nomeação de um juiz (ou árbitro), que irá avaliar os trabalhos. A decisão dessa pessoa nomeada, nos anúncios, como juiz, obriga os interessados (art. 859, § 1.º, do CC). Na falta dessa pessoa designada para julgar o mérito dos trabalhos que se apresentarem, entender-se-á que o promitente da recompensa reservou para si esta

função (§ 2.º). Se os trabalhos tiverem mérito igual, proceder-se-á de acordo com as regras vistas para a promessa de recompensa: *anterioridade*, *divisão* e *sorteio* (§ 3.º).

Por fim, nos concursos públicos, as obras premiadas só ficarão pertencendo ao promitente se assim for estipulado na publicação da promessa (art. 860 do CC). Para exemplificar, em concursos de monografias jurídicas os trabalhos pertencem aos seus autores, em geral, aplicando-se as regras de proteção previstas na Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/1998). Porém, é possível convencionar que os direitos patrimoniais de exploração da obra premiada passarão a pertencer àquele que idealizou o concurso.

3.4.2 Da gestão de negócios

Na gestão de negócios há uma atuação sem poderes, uma hipótese em que a parte atua sem ter recebido expressamente a incumbência. Na verdade, há no caso em questão um *quase contrato*. Dessa forma, o gestor, que age sem mandato, fica diretamente responsável perante o dono do negócio e terceiros com quem contratou. A gestão, pela ausência de orientação dada pelo dono, não tem natureza contratual, pois está ausente o prévio acordo de vontades. Dessa forma, poderá a gestão ser provada de qualquer modo, eis que se trata de negócio jurídico informal (art. 107 do CC).

A posição do gestor é delicada, pois, além de não ter direito a qualquer remuneração pela atuação (negócio jurídico benévolo), deve agir conforme a vontade presumível do dono do negócio, sob pena de responsabilização civil (art. 861 do CC).

Deve-se lembrar que se a gestão for iniciada contra a vontade manifesta ou presumível do dono, responderá o gestor por caso fortuito (evento totalmente imprevisível) e força maior (evento previsível, mas inevitável), conforme a regra constante do art. 862 do CC. Se os prejuízos da gestão excederem o seu proveito, poderá o dono do negócio exigir que o gestor restitua as coisas ao estado anterior, ou que indenize o valor correspondente à diferença (art. 863 do CC).

Diante do princípio da boa-fé objetiva, que valoriza o dever anexo de informação, deverá o gestor de negócio, assim que lhe for possível, comunicar ao dono a sua atuação, aguardando a resposta se dessa espera não resultar perigo (art. 864 do CC). Falecendo o dono do negócio, as instruções devem ser prestadas aos seus herdeiros, devendo o gestor, mesmo assim, agir com a máxima diligência, de acordo com as circunstâncias fáticas do caso concreto (art. 865 do CC).

Um exemplo é sempre interessante para elucidar a aplicação prática de um instituto jurídico. Pense-se o caso de alguém que viaja para outro país, permanecendo fora de sua residência por cerca de quinze dias. Na prática, quando a pessoa viaja não deixa uma procuração para o vizinho apagar eventual incêndio que acometer a sua casa. O pior acontece e o vizinho, agindo como gestor ao perceber o incêndio, invade a casa lindeira arrebentando a porta. Para apagar o fogo que começa a

consumir um dos dormitórios, o vizinho pega um tapete e consegue abafar as chamas, tendo sucesso em sua empreitada, sem a intervenção do corpo de bombeiros.

Pois bem, algumas regras do Código Civil de 2002 devem ser analisadas, para uma conclusão concreta a respeito da atuação desse gestor.

Primeiro, deve-se verificar se o gestor agiu da mesma forma como agiria o dono da residência, ou seja, se empregou toda a diligência habitual. Em regra, o gestor somente deve ser responsabilizado se tiver agido com culpa, havendo responsabilidade subjetiva (art. 866 do CC). Mas se na atuação o gestor se fizer substituir por outrem, responderá pelas faltas do substituto, ainda que este seja pessoa idônea e sem prejuízo da eventual propositura de ação regressiva (art. 867 do CC). A responsabilidade do gestor por ato de terceiro é objetiva (independente de culpa) e solidária, aplicando-se os arts. 932, III, e 933 e 942, parágrafo único, do CC, por analogia. Se a gestão for conjunta, prestada por várias pessoas, há regra específica, prevendo justamente a responsabilidade solidária entre todos os gestores (art. 867, parágrafo único, do CC). Na realidade, quando o dono do negócio retorna, terá duas opções:

> *1.ª Opção:* Concordando com a atuação do gestor, o dono deverá *ratificar* a gestão, convertendo-se a atuação em mandato (art. 869 do CC). Lembre-se de que não se pode confundir a expressão acima destacada, que significa *confirmar*, com *retificar*, que significar *corrigir*. Nesse caso, deverá ressarcir o gestor por todas as despesas necessárias e úteis à atuação, com os juros legais desde o reembolso, respondendo ainda pelos prejuízos que o administrador tiver sofrido com a gestão. A utilidade ou a necessidade das despesas serão apreciadas de acordo com as circunstâncias da ocasião em que se fizerem, o que traz a ideia de função social obrigacional (art. 869, § 1.º, do CC). A ratificação do dono do negócio retroage ao dia do começo da gestão, ou seja, tem efeitos *ex tunc* (art. 873 do CC).
>
> *2.ª Opção:* Desaprovando a atuação do gestor, o dono poderá pleitear perdas e danos havendo, em regra, responsabilidade subjetiva do primeiro (art. 874 do CC). Em casos tais, responderá o gestor por caso fortuito quando fizer manobras arriscadas, ainda que o dono costumasse fazê-las ou quando preterir interesses do dono em detrimento de interesses próprios (art. 868 do CC). No entanto, só poderá recusar a ratificação se provar que a atuação não foi realizada de acordo com os seus interesses diretos.

Basicamente, são esses os efeitos principais da categoria jurídica.

3.4.3 Do pagamento indevido

De acordo com o art. 876 do CC, "todo aquele que recebeu o que não lhe era devido fica obrigado a restituir; obrigação que incumbe àquele que recebe dívida condicional antes de cumprida a condição". O Código Civil de 2002, acertadamente, trata o pagamento indevido como fonte obrigacional, indo além do Código de 1916, que tratava o instituto como efeito das obrigações.

Utilizando os ensinamentos de Silvio Rodrigues, pode-se afirmar que o enriquecimento sem causa é gênero, do qual o pagamento indevido é espécie.[18] Em havendo o pagamento indevido, agirá

a pessoa com intuito de enriquecimento sem causa, visando ao locupletamento sem razão. Duas são as modalidades básicas de pagamento indevido:

- *Pagamento objetivamente indevido – quando a dívida paga não existe ou não é justo o seu pagamento. Exemplo: a dívida foi paga a mais.*
- *Pagamento subjetivamente indevido – quando realizado à pessoa errada. Exemplo: pagou-se a quem não era o legítir credor.*

Desse modo, quem paga indevidamente pode pedir restituição àquele que recebeu, desde que prove que pagou por erro (art. 877 do CC). O último é obrigado a restituir, sendo cabível a ação de repetição do indébito, de rito ordinário (*actio in rem verso*). Entretanto, como exceção à regra da prova de erro, o Superior Tribunal de Justiça editou recentemente a Súmula 322, prevendo que "Para a repetição de indébito, nos contratos de abertura de crédito em conta-corrente, não se exige prova do erro". A súmula tem a sua razão de ser, diante da presunção de boa-fé objetiva do consumidor (art. 4.º, III, do CDC) e do princípio do protecionismo (art. 1.º do CDC). Assim sendo, o consumidor não tem contra ele o ônus de provar o suposto erro.

Enuncia o art. 878 do Código Civil que aos frutos, acessões, benfeitorias e deteriorações sobrevindas à coisa dada em pagamento indevido, aplica-se o disposto quanto ao possuidor de boa e má-fé (arts. 1.214 a 1.222 do CC). Exemplificando, se alguém recebe um imóvel alheio, de boa-fé, terá direito aos frutos colhidos na vigência da permanência do imóvel. Também terá direito de retenção e indenização quanto às benfeitorias necessárias e úteis. Já aquele que recebeu o imóvel, estando de má-fé, não terá direito a frutos. Quanto às benfeitorias, terá somente direito de indenização quanto às necessárias.

Relativamente ao imóvel recebido, aliás, o Código Civil traz regras específicas. De acordo com o art. 879 do CC, se aquele que indevidamente recebeu um imóvel o tiver alienado em boa-fé, por título oneroso, responde somente pela quantia recebida. Agindo de má-fé, a culpa passa a ser induzida, respondendo a pessoa pelo valor da coisa e por perdas e danos, nos moldes dos arts. 402 a 404 do CC.

Em complemento, se o imóvel for alienado a título gratuito, em qualquer caso, ou a título oneroso, agindo de má-fé o terceiro adquirente, caberá ao que pagou por erro o direito de reivindicação por meio de ação petitória (art. 879, parágrafo único, do CC).

Pelo art. 880 do CC, fica isento de restituir o pagamento indevido aquele que, recebendo-o como parte de dívida verdadeira, inutilizou o título, deixou prescrever a pretensão ou abriu mão das garantias que asseguravam seu direito. Mas aquele que pagou dispõe de ação regressiva contra o verdadeiro devedor e seu fiador, estando a dívida garantida.

Como novidade da codificação, expressa o art. 881 do CC que se o pagamento indevido tiver

consistido no desempenho de obrigação de fazer ou para eximir-se da obrigação de não fazer, aquele que recebeu a prestação fica obrigado a indenizar o sujeito que a cumpriu, na medida do lucro obtido.

Ao contrário do que alguns possam pensar, no caso de pagamento indevido não cabe repetição em dobro do valor pago. Na realidade, por meio da *actio in rem verso* poderá o prejudicado, em regra, pleitear o valor pago atualizado, acrescido de juros, custas, honorários advocatícios e despesas processuais. Havendo má-fé da outra parte, essa induz a culpa, cabendo ainda reparação por perdas e danos.

Entretanto, a lei consagra algumas hipóteses em que cabe pleitear o valor em dobro. Inicialmente, o art. 940 da atual codificação traz a regra pela qual aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressalvar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição.

Outra regra importante consta do art. 42, parágrafo único, do CDC (Lei 8.078/1990), pelo qual, na ação de repetição de indébito, poderá o consumidor pleitear o valor pago em dobro. Como exemplo, cite-se a costumeira cobrança abusiva de taxas por incorporadoras imobiliárias. Não havendo fundamento para tal cobrança, caberá a referida ação de repetição de indébito.

Por fim, o Código Civil de 2002 afasta a possibilidade de repetição de indébito havendo uma obrigação natural ou imoral em dois dispositivos. Vejamos:

– O art. 882 do CC dispõe que não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita ou cumprir obrigação judicialmente inexigível. Como se pode notar, a dívida existe, mas não pode ser exigida. Apesar disso, pode ser paga. Sendo paga, não caberá repetição de indébito.
– O art. 883 do CC determina que não é possível a repetição àquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral ou proibido por lei. O exemplo comum é o da recompensa paga a um matador de aluguel. Completando a norma, o seu parágrafo único, determina que "No caso deste artigo, o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz". Como há uma conduta socialmente reprovável, o valor deve ser destinado para uma instituição de caridade.

3.4.4 Do enriquecimento sem causa

O CC/2002 veda expressamente o enriquecimento sem causa nos seus arts. 884 a 886. Essa inovação importante, e que não constava do CC/1916, está baseada no princípio da eticidade, visando ao equilíbrio patrimonial e à pacificação social.[19] Nesse sentido, determina o art. 884 do Código em vigor que "aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários". Em complemento,

prevê o parágrafo único do dispositivo que "se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido."

De acordo com o Direito Civil Contemporâneo, concebido na pós-modernidade e a partir dos ditames sociais e éticos, não se admite qualquer conduta baseada na especulação, no *locupletamento sem razão*. Desse modo, o enriquecimento sem causa constitui fonte obrigacional, ao mesmo tempo em que a sua vedação decorre dos princípios da função social das obrigações e da boa-fé objetiva. O atual Código Civil brasileiro valoriza aquele que trabalha, e não aquele que fica à espreita esperando um *golpe de mestre* para enriquecer-se à custa de outrem. O CC/2002 é inimigo do especulador, daquele que busca capitalizar-se mediante o trabalho alheio.

Várias são as ações que têm como objetivo evitar o locupletamento sem razão, sendo a principal a de repetição de indébito no caso de pagamento indevido, que é espécie de enriquecimento sem causa. Consigne-se que toda situação em que alguém recebe algo indevido visa ao enriquecimento sem causa. Mas, em algumas hipóteses, poderá haver conduta visando ao enriquecimento sem causa, sem que tenha havido pagamento indevido. Cite-se a título de exemplo, a invasão de um imóvel com finalidade de adquirir a sua propriedade.

São pressupostos da ação que visa afastar o enriquecimento sem causa, pela doutrina clássica:

- o enriquecimento do *accipiens* (de quem recebe);
- o empobrecimento do *solvens* (de quem paga);
- a relação de causalidade entre o enriquecimento e o empobrecimento;
- a inexistência de causa jurídica prevista por convenção das partes ou pela lei; e
- a inexistência de ação específica.

Todavia, destaque-se que de acordo com o Enunciado n. 35, aprovado na *I Jornada de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal, "a expressão se enriquecer à custa de outrem do art. 884 do novo Código Civil não significa, necessariamente, que deverá haver empobrecimento". A doutrina atual vem, portanto, afastando tal requisito.

Quando da *III Jornada* foi aprovado o Enunciado n. 188, também aplicável ao tema, com a seguinte redação: "A existência de negócio jurídico válido e eficaz é, em regra, uma justa causa para o enriquecimento". Pelo enunciado doutrinário, presente um contrato válido e gerando efeitos que trazem o enriquecimento de alguém, em regra, não se pode falar em locupletamento sem razão. Isso desde que o contrato não viole os princípios da função social e da boa-fé objetiva e também não gere onerosidade excessiva, desproporção negocial.

Categoricamente, *o enriquecimento sem causa não se confunde com o enriquecimento ilícito*.

Na primeira hipótese, falta uma causa jurídica para o enriquecimento. Na segunda, o enriquecimento está fundado em um ilícito. Assim, todo enriquecimento ilícito é sem causa, mas nem todo enriquecimento sem causa é ilícito. Um contrato desproporcional pode não ser um ilícito e gerar enriquecimento sem causa.

Determina o art. 885 do CC que a restituição é cabível não só quando não existir causa para o pagamento, mas também quando esta deixar de existir. Como exemplo pode ser citada uma situação em que a lei revoga a possibilidade de cobrança de uma taxa. A partir do momento desta revogação, o valor não pode mais ser cobrado, pois, caso contrário, haverá conduta visando ao enriquecimento sem causa, tornando possível a restituição.

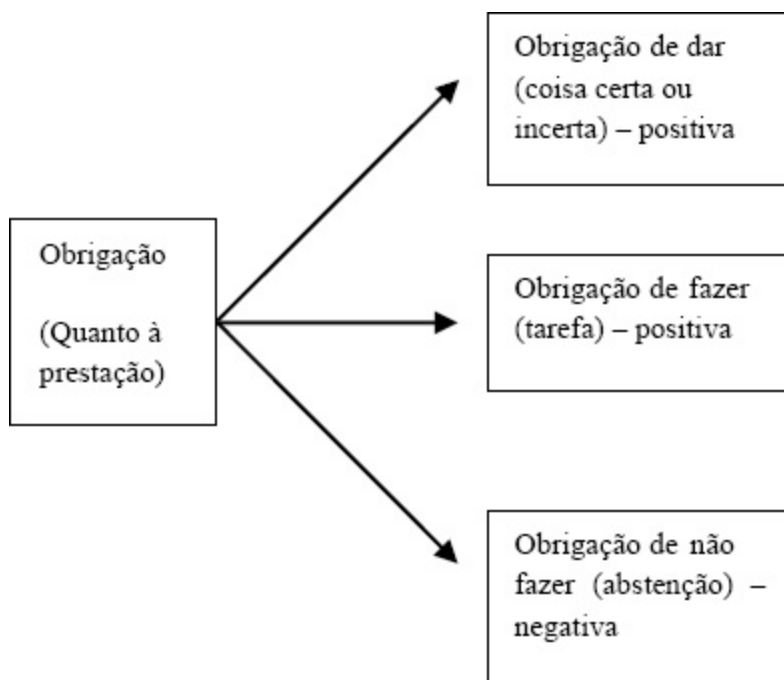
Caso a lei forneça ao lesado outros meios para a satisfação (ressarcimento) do prejuízo, não caberá a restituição por enriquecimento, segundo o art. 886 do CC. O dispositivo realça o *caráter subsidiário* da ação de enriquecimento sem causa. Ilustrando, sendo possível a ação de reparação de danos, uma vez que alguém recebeu um imóvel indevidamente e que veio a se perder, será esse o caminho a ser seguido.

Anote-se que, doutrinariamente, foi aprovado o Enunciado n. 36, na *I Jornada de Direito Civil*, com o seguinte teor: "O art. 886 do novo CC não exclui o direito à restituição do que foi objeto de enriquecimento sem causa nos casos em que os meios alternativos conferidos ao lesado encontram obstáculos de fato". Em suma, eventualmente, a ação fundada no enriquecimento sem causa deve ser tida como primeira opção, o que demanda análise casuística. Fica em dúvida o caráter subsidiário da citada demanda.

3.5 PRINCIPAIS CLASSIFICAÇÕES DAS OBRIGAÇÕES. MODALIDADE PREVISTAS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

3.5.1 Classificação da obrigação quanto ao seu conteúdo ou prestação

De acordo com o conteúdo da prestação, a obrigação pode ser positiva ou negativa. Será positiva quando tiver como conteúdo uma ação (ou comissão) e negativa quando relacionada com uma abstenção (ou omissão). Filiam-se entre as primeiras a obrigação de dar e fazer. A obrigação de não fazer é a única negativa admitida em nosso ordenamento jurídico.

Quando o conteúdo obrigacional estiver relacionado com uma coisa, determinada ou determinável, a obrigação é de dar. Quando uma tarefa positiva ou uma abstenção estiver nela presente, haverá uma obrigação de fazer e de não fazer, respectivamente. Todas essas obrigações constam do esquema a seguir:

Vejamos, então, o seu estudo pontual.

3.5.1.1 *Obrigação positiva de dar*

A obrigação positiva de dar pode ser conceituada como aquela em que o sujeito passivo compromete-se a entregar alguma coisa, certa ou incerta. Nesse sentido, há na maioria das vezes uma intenção de transmissão da propriedade de uma coisa, móvel ou imóvel. Assim sendo, a obrigação de dar se faz presente, por exemplo, no contrato de compra e venda, em que o comprador tem a obrigação de pagar o preço e o vendedor de entregar a coisa.

A obrigação de dar, pelo que consta do atual Código Civil, é subclassificada em duas modalidades:

a) obrigação de dar coisa certa, também denominada *obrigação específica*;
b) obrigação de dar coisa incerta ou *obrigação genérica*.

Vejamos quais as regras e consequências jurídicas relacionadas com tais modalidades obrigacionais.

a) Obrigação de dar coisa certa (arts. 233 a 242 do CC)

Está presente nas situações em que o devedor se obrigar a dar uma coisa individualizada, móvel ou imóvel, cujas características foram acertadas pelas partes, geralmente em um instrumento negocial. Na compra e venda, por exemplo, o devedor da coisa é o vendedor e o credor, o comprador. A determinação do objeto justifica a denominação *obrigação específica*.

Na obrigação de dar coisa certa, o credor não é obrigado a receber outra coisa, ainda que mais valiosa, conforme consta no art. 313 do CC em vigor, velha aplicação da máxima *nemo aliud pro alio invito creditore solvere potest*. Ilustrando a aplicação do dispositivo, cumpre transcrever julgado do Tribunal de São Paulo:

> "Rescisão contratual. Loteamento. Pleito fundado na inadimplência contratual da compromissária-vendedora. Superveniente desapropriação que inviabilizou a entrega do lote adquirido pelo autor. Cabimento da rescisão. Autor que não é obrigado a aceitar outro lote, ainda que mais valioso. Inteligência do artigo 313 do Código Civil. Necessária restituição integral e imediata das parcelas pagas. Retorno das partes ao *status quo ante*. Descabimento, todavia, da aplicação de multa cominatória diante da ocorrência de caso fortuito. Juros moratórios, ademais, que devem ser computados a partir da citação. Recurso provido em parte" (TJSP, Apelação com Revisão 415.544.4/8, Acórdão 4127884, Mogi-Mirim, 6.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Sebastião Carlos Garcia, j. 15.10.2009, *DJESP* 24.11.2009).

Na mesma linha, de julgado publicado no *Informativo* n. *465* do STJ extrai-se exemplo a respeito da entrega de grãos, com conteúdo bem interessante:

> "Consignatória. Dinheiro. Coisa devida. Trata-se de REsp em que se discute a possibilidade de, em contrato para entrega de coisa certa (no caso, sacas de soja), utilizar-se a via consignatória para depósito de dinheiro com força liberatória de pagamento. A Turma negou provimento ao recurso sob o fundamento de que somente a entrega do que faltou das sacas de soja seria eficaz na hipótese, visto que o depósito em numerário, estimado exclusivamente pelo recorrente do quanto ele entende como devido, não pode compelir o recorrido a recebê-lo em lugar da prestação pactuada. Vale ressaltar que o credor não é obrigado a receber a prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa. Dessarte, a consignação em pagamento só é cabível pelo depósito da coisa ou quantia devida. Assim, não é possível ao recorrente pretender fazê-lo por objeto diverso daquele a que se obrigou" (STJ, REsp 1.194.264/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 1.º.03.2011).

De acordo com o art. 233 do CC/2002, a obrigação de dar coisa certa abrange os acessórios, salvo se o contrário resultar do título ou das circunstâncias do caso. Pelo que consta em tal dispositivo, continua em vigor o princípio pelo qual o acessório segue o principal (*accessorium sequitur principale*) – *princípio da gravitação jurídica*. Como acessórios, devem ser incluídos os frutos, os produtos, as benfeitorias e as pertenças que tenham natureza essencial, essas últimas nos termos do art. 94 da codificação atual.

Pois bem, o que interessa substancialmente em relação às obrigações de dar coisa certa são as regras que apontam as consequências do inadimplemento, o que inclui a obrigação de restituir coisa certa. Assim, *oito* são as regras que merecem estudo a seguir:

> *1.ª Regra* – Havendo obrigação de dar coisa certa e perdendo-se a coisa sem culpa do devedor, antes da tradição ou pendente condição suspensiva, resolve-se a obrigação para ambas as partes, sem o pagamento das perdas e danos (art. 234, primeira parte, do CC). A expressão *resolver* significa que as partes voltam à situação primitiva, anterior à celebração da obrigação. Exemplificando, convenciona-se a venda de um cavalo, com pagamento antecipado do preço. No dia anterior à entrega, o cavalo morre atingido por um raio. Nesse caso, o preço pago deverá ser devolvido, sem qualquer indenização suplementar.

2.ª Regra – Na obrigação de dar coisa certa, ocorrendo a perda da coisa com culpa do devedor, poderá o credor exigir o equivalente à coisa e mais perdas e danos (art. 234, segunda parte, do CC). Em suma, haverá resolução da obrigação com perdas e danos. A culpa, nesse e nos casos a seguir, é concebida em sentido amplo (*lato sensu*), englobando o dolo (intenção de descumprimento) e a culpa em sentido estrito ou *stricto sensu* (descumprimento por imprudência, negligência ou imperícia). No mesmo exemplo anterior, se o cavalo morrer por um golpe do devedor, que se encontrava em estado de embriaguez, além de devolver o preço recebido deverá indenizar o comprador por lucros cessantes e outros prejuízos suportados.

3.ª Regra – Na obrigação de dar coisa certa, se a coisa se deteriorar sem culpa do devedor, o credor terá duas opções: resolver a obrigação, sem o direito a perdas e danos, já que não houve culpa genérica da outra parte; ficar com a coisa, abatido do preço o valor correspondente ao perecimento parcial (art. 235 do CC). Se na ilustração anterior o cavalo ficar cego porque foi atingido no seu olho por um inseto, o comprador poderá ficar com o cavalo, abatido no preço o valor da desvalorização; ou exigir a devolução do preço integral, sem perdas e danos.

4.ª Regra – Nos termos do art. 236 do CC, na obrigação de dar coisa certa, havendo deterioração da coisa, com culpa do devedor, poderá o credor exigir o valor equivalente à coisa ou ficar com ela no estado em que se encontrar, nos dois casos com perdas e danos. Se no exemplo anterior o vendedor cegar o cavalo de forma intencional, o comprador poderá ficar com o animal deteriorado ou exigir o seu equivalente, nos dois casos com direito à indenização suplementar pelos prejuízos suportados.

5.ª Regra – Na obrigação de restituir coisa certa, ocorrendo a perda da coisa sem culpa do devedor e antes da tradição, aplica-se a máxima pela qual a coisa perece para o dono (*res perit domino*), suportando o credor o prejuízo, conforme determina o art. 238 do CC. Pelo mesmo dispositivo, o credor, proprietário da coisa que se perdeu, poderá pleitear os direitos que já existiam até o dia da referida perda. A regra é das mais importantes, devendo ser ilustrada. Como primeiro exemplo, imagine-se o caso de uma locação, em que há o dever de devolver o imóvel ao final do contrato. No caso de um incêndio causado por caso fortuito ou força maior e que destrói o apartamento, o locador (credor da coisa) não poderá pleitear um novo imóvel do locatário (devedor da coisa) que estava na posse do bem, ou o seu valor correspondente; mas terá direito aos aluguéis vencidos e não pagos até o evento danoso. Outro exemplo pode ser visualizado diante da vigência de um comodato, cujo veículo é roubado à mão armada, estando na posse do comodatário (devedor da coisa). A coisa perece para o seu dono (comodante), não respondendo o comodatário sequer pelo valor do automóvel.

6.ª Regra – Determina o art. 239 que, na obrigação de restituir, se a coisa se perder por culpa do devedor, responderá este pelo equivalente, mais perdas e danos. Assim, no caso por último descrito, caso o locatário seja responsável pelo incêndio que causou a perda total do apartamento, diga-se provado o seu dolo ou a sua culpa, o locador poderá pleitear o valor correspondente ao bem, sem prejuízo de perdas e danos.

7.ª Regra – Havendo deterioração sem culpa do devedor na obrigação de restituir, o credor somente pode exigir a coisa no estado em que se encontrar, sem direito a qualquer indenização (art. 240, primeira parte, do CC). Isso porque se a coisa perece para o dono totalmente, por igual perece parcialmente. Ilustrando, se na locação o imóvel for destruído parcialmente por uma enchente, o credor (locador) somente poderá pleitear a coisa, no estado em que se encontrar.

8.ª Regra – Por fim, na obrigação de restituir coisa certa, havendo deterioração da coisa com culpa do devedor, o credor passa a ter o direito de exigir o valor equivalente à coisa, mais as perdas e danos que o caso determinar (conforme o art. 240, segunda parte, que manda aplicar o art. 239 do CC). Na verdade, como o caso é de deterioração, o comando deveria mandar aplicar o art. 236, que traz regra equivalente. Diante desse equívoco do legislador, complementando a norma, prevê o Enunciado n. 15 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na *I Jornada de Direito Civil, que* "as disposições do art. 236 do novo Código Civil também são aplicáveis à hipótese do art. 240, *in fine*". Em suma, se o credor quiser, poderá ficar com a coisa no estado em que se encontrar ou exigir o seu equivalente, mais perdas e danos, como consta do art. 236 do CC.

Além das regras relativas ao inadimplemento da obrigação específica, outras devem ser estudadas. De início, de acordo com o art. 237 do Código em vigor, até a tradição pertence ao

devedor a coisa, com os seus melhoramentos e acrescidos, pelos quais poderá exigir aumento no preço; se o credor não anuir, poderá o devedor resolver a obrigação. Tais melhoramentos são também denominados *cômodos obrigacionais*.[20]

Como melhoramentos devem ser incluídos os frutos, bens acessórios que são retirados do principal sem lhe diminuir a quantidade. Quanto a esses bens acessórios, há regra específica no parágrafo único do art. 237 do CC, segundo a qual os frutos percebidos – já colhidos – pertencem ao devedor, enquanto os pendentes (ainda não colhidos), ao credor.

Tendo em vista a vedação ao enriquecimento sem causa, o art. 241 do CC enuncia que se sobrevier melhoramento ou acréscimo à coisa, sem despesa ou trabalho do devedor, o credor as lucrará, ficando desobrigado ao pagamento de indenização. Como exposto, *a coisa perece para o dono* e, pelos mesmos fundamentos, lidos em sentido contrário, havendo melhoramentos, essas vantagens também serão acrescidas ao patrimônio do proprietário da coisa, no caso o credor da obrigação.

Entretanto, se para o melhoramento ou aumento, empregou o devedor trabalho ou dispêndio, o caso se regulará pelas normas do Código atinentes às benfeitorias realizadas pelo possuidor de boa ou de má-fé (art. 242 do CC). Também essa regra está sincronizada com a vedação do enriquecimento sem causa e com a eticidade, prevendo a atual codificação que o devedor deverá ser indenizado pelas benfeitorias úteis e necessárias, conforme dispõem os arts. 1.219 a 1.222 da atual legislação privada.

O parágrafo único do art. 242 consagra regras em relação aos frutos. No que se refere aos frutos percebidos – aqueles que já foram colhidos pelo proprietário –, no caso de terem sido colhidos pelo devedor, deverão ser observadas as regras que constam dos arts. 1.214 a 1.216 do Código. Desse modo, sendo o devedor possuidor de boa-fé – regra geral, pela presunção do justo título –, terá direito aos frutos referidos no dispositivo em análise. Porém, se o possuidor tiver agido de má-fé, não haverá qualquer direito, além de responder por todos os frutos colhidos e percebidos, bem como por aqueles que, por culpa sua, deixou de perceber (art. 1.216 do CC).

Ainda o que tange às obrigações de dar, insta apontar que a Lei 10.444/2002 trouxe inovações ao Código de Processo Civil, entre as quais a possibilidade de o credor pleitear a fixação de um preceito cominatório, via tutela específica, para fazer cumprir a obrigação de dar (multa ou *astreintes*), *ou* com a determinação de busca e apreensão da coisa, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e outras medidas previstas no art. 461, § 5.º, do CPC. Em todos os casos apresentados, portanto, isto é possível, antes da conversão da obrigação de dar em perdas e danos.

Ilustrando, *A* prometeu a entrega de um cavalo a *B*, tendo o último pago o preço. Negando-se o primeiro a entregar a coisa, caberá ação de execução de obrigação de dar, sendo possível a *B* requerer ao magistrado a fixação de uma multa diária (*astreintes*) a cada dia que a coisa não for

entregue, sem prejuízo dos danos decorrentes do atraso da entrega do animal. Em complemento, determina o § 2.º do art. 461-A do CPC que "não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel".

A encerrar, colaciona-se quadro elaborado pelo leitor Daniel de Carvalho, servidor público do Tribunal de Justiça de São Paulo, que resume muito bem as exposições que foram feitas a respeito da obrigação de dar coisa certa, contribuindo sobremaneira para o aperfeiçoamento desta obra:

Obrigação	**Fato C/ Bem**	**S/ Culpa**	**C/ Culpa**
Dar	Perda	Resolve-se a obrigação para ambas as partes	Pode o credor: Exigir o valor equivalente + Perdas e danos
Dar	Deterioração	Pode o credor: Resolver a obrigação Ou Aceitar a coisa com abatimento do preço	Pode o credor: Exigir o equivalente Ou Aceitar a coisa com abatimento do preço + Perdas e danos (nos dois casos)
Restituir	Perda	Resolve-se a obrigação para ambas as partes	Pode o credor: Exigir o valor equivalente + Perdas e danos
Restituir	Deterioração	O credor recebe a coisa no estado em que se encontra	Pode o credor: Exigir o equivalente Ou Aceitar a coisa com abatimento do preço + Perdas e danos (nos dois casos)

b) Obrigação de dar coisa incerta (arts. 243 a 246 do CC)

Denominada *obrigação genérica*, a expressão *obrigação de dar coisa incerta* indica que a obrigação tem por objeto uma coisa indeterminada, pelo menos inicialmente, sendo ela somente indicada pelo gênero e pela quantidade, restando uma indicação posterior quanto à sua qualidade que, em regra, cabe ao devedor. Na verdade, o objeto obrigacional deve ser reputado determinável, nos moldes do art. 104, II, do CC.

A título de exemplo, pode ser citada a hipótese em que duas partes obrigacionais pactuam a entrega de um animal que faz parte do rebanho do vendedor (devedor da coisa). Nesse caso, haverá a necessidade de determinação futura do objeto, por meio de uma escolha.

Assim, coisa incerta não quer dizer qualquer coisa, mas coisa indeterminada, porém suscetível de determinação futura. A determinação se faz pela escolha, denominada *concentração*, que constitui um ato jurídico unilateral. Assim, enuncia o art. 243 do atual Código que a coisa incerta será indicada, ao menos, pelo gênero e pela quantidade.

O art. 244 do mesmo diploma civil expressa que nas coisas determinadas pelo gênero e pela quantidade a escolha ou *concentração* cabe ao devedor, se o contrário não resultar do título da

obrigação. De qualquer forma, cabendo-lhe a escolha o devedor não poderá dar a pior. Ademais, não será obrigado a prestar a melhor.

A segunda parte do dispositivo legal apresenta o *princípio da equivalência das prestações*, pelo qual a escolha do devedor não pode recair sobre a coisa que seja menos valiosa. Em complemento, o devedor não pode ser compelido a entregar a coisa mais valiosa, devendo o objeto obrigacional recair sempre dentro do gênero intermediário. Aplicando-se a proporcionalidade ao art. 244 do CC, se a escolha couber ao credor, este não poderá fazer a opção pela coisa mais valiosa nem ser compelido a receber a coisa menos valiosa. Mais uma vez aplica-se o *princípio da equivalência das prestações*, fixando-se o conteúdo da obrigação no gênero médio ou intermediário.

Em todo o conteúdo do art. 244 do CC consagra-se a vedação do enriquecimento sem causa (arts. 884 a 886 do CC), sintonizada com a função social obrigacional e com a boa-fé objetiva. Entende este autor que se trata de norma de ordem pública, que não pode ser afastada por vontade dos contratantes ou negociantes.

Após a escolha feita pelo devedor, e tendo sido cientificado o credor, a obrigação genérica é convertida em obrigação específica (art.245 do CC). Com essa conversão, aplicam-se as regras previstas para a obrigação de dar coisa certa (arts. 233 a 242 do CC), outrora estudadas. Antes dessa concentração, não há que se falar em inadimplemento da obrigação genérica, em regra.

Por fim, o art. 246 do CC continua consagrando a regra de direito pela qual *o gênero nunca perece* (*genus nunquam perit*), ao prever que antes da escolha não poderá o devedor alegar perda ou deterioração da coisa, ainda que em decorrência de caso fortuito (evento imprevisível) ou força maior (evento previsível, mas inevitável). Isso porque ainda não há individualização da coisa, devendo o art. 246 ser lido em sintonia com a primeira parte do artigo antecedente.

3.5.1.2 Obrigação positiva de fazer

A obrigação de fazer (*obligatio ad faciendum*) pode ser conceituada como uma obrigação positiva cuja prestação consiste no cumprimento de uma tarefa ou atribuição por parte do devedor. Exemplos típicos ocorrem na prestação de serviço e no contrato de empreitada de certa obra.

Em inúmeras situações a obrigação de fazer confunde-se com a obrigação de dar, sendo certo que os seus conteúdos são completamente diferentes. Exemplifica-se com uma obrigação cuja prestação é um quadro (obra de arte). Se o quadro já estiver pronto, haverá obrigação de dar. Caso o quadro seja encomendado, devendo ainda ser pintado pelo devedor, a obrigação é de fazer. Com tom didático, pode-se afirmar: *o dar não é um fazer, pois, caso contrário, não haveria nunca a obrigação de dar*.

A obrigação de fazer pode ser classificada da seguinte forma, já constando os efeitos do seu

inadimplemento com culpa do devedor:

> a) *Obrigação de fazer fungível*, que é aquela que ainda pode ser cumprida por outra pessoa, à custa do devedor originário, por sua natureza ou previsão no instrumento. Havendo inadimplemento com culpa do devedor, o credor poderá exigir:
>
> 1.º) O cumprimento forçado da obrigação, por meio de tutela específica, com a possibilidade de fixação de multa ou "astreintes" (art. 461 do CPC e art. 84 do CDC, em havendo relação de consumo).
>
> 2.º) O cumprimento da obrigação por terceiro, à custa do devedor originário, nos termos do que dispõe os arts. 633 e 634 do CPC (art. 249, *caput*, do CC).
>
> 3.º) Não interessando mais a obrigação de fazer, o credor poderá requerer a sua conversão em perdas e danos (art. 248 do CC).
>
> *Observação* – As medidas acima existem no plano judicial. No plano extrajudicial, o art. 249, parágrafo único, do CC, passou a possibilitar a *autotutela civil*, para cumprimento das obrigações de fazer fungível, nos seguintes termos: "Em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido". Para ilustrar, imagine-se o caso de contratação de uma empreitada. Sendo pago o preço antecipadamente e negando-se o empreiteiro a desempenhar sua tarefa, o tomador que tem urgência poderá contratar o serviço de outrem, pleiteando depois a indenização cabível do empreiteiro original.
>
> b) *Obrigação de fazer infungível*, que é aquela que tem natureza personalíssima ou *intuitu personae*, em decorrência de regra constante do instrumento obrigacional ou pela própria natureza da prestação. Em casos de inadimplemento com culpa do devedor, o credor terá as seguintes opções:
>
> 1.º) Exigir o cumprimento forçado da obrigação, por meio de tutela específica, com a possibilidade de multa ou "astreintes" (art. 461 do CPC e art. 84 do CDC, se a relação for de consumo).
>
> 2.º) Não interessando mais a obrigação de fazer, exigir perdas e danos (art. 247 do CC).

Por derradeiro, segundo o art. 248 do CC/2002, caso a obrigação de fazer, nas duas modalidades, torne-se impossível sem culpa do devedor, resolve-se a obrigação sem a necessidade de pagamento de perdas e danos. A título de exemplo, imagine-se a hipótese de falecimento de um pintor contratado, que tinha arte única.

3.5.1.3 *Obrigação negativa de não fazer*

A obrigação de não fazer (*obligatio ad non faciendum*) é a única obrigação negativa admitida no Direito Privado Brasileiro, tendo como objeto a abstenção de uma conduta. Por tal razão, havendo inadimplemento, a regra do art. 390 da codificação atual merece aplicação, *in verbis* "nas obrigações negativas o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que executou o ato de que se devia abster". O que se percebe é que o descumprimento da obrigação negativa se dá quando o ato é praticado.

A obrigação de não fazer é quase sempre infungível, personalíssima (*intuitu personae*), sendo também predominantemente indivisível pela sua natureza, nos termos do art. 258 do Código Civil. Como exemplo, cite-se o *contrato de confidencialidade*, pelo qual alguém não pode revelar

informações, geralmente empresariais ou industriais, de determinada pessoa ou empresa.

Em havendo inadimplemento com culpa do devedor, o credor poderá exigir:

> 1.º) O cumprimento forçado da obrigação assumida, ou seja, a abstenção do ato, por meio de tutela específica, com a possibilidade de fixação de multa ou "astreintes" (art. 461 do CPC e art. 84 do CDC).
>
> 2.º) Não interessando mais a obrigação de não fazer, o credor poderá exigir perdas e danos (art. 251, *caput*, do CC).
>
> Observação – Como outra novidade, o art. 251, parágrafo único, do CC, introduziu a autotutela civil para cumprimento das obrigações de não fazer, nos seguintes termos: "Em caso de urgência, poderá o credor desfazer ou mandar desfazer, independentemente de autorização judicial, sem prejuízo do ressarcimento devido".

Por fim, nos termos do art. 250 do CC, se o adimplemento da obrigação de não fazer tornar-se impossível sem culpa do devedor, será resolvida. Ilustre-se com a hipótese de falecimento daquele que tinha a obrigação de confidencialidade.

3.5.2 Classificação da obrigação quanto à complexidade do seu objeto

A presente classificação leva em conta a complexidade da prestação ou o objeto obrigacional, ou seja, se ele é único ou não. Vejamos então quais são as modalidades obrigacionais que surgem no presente ponto da matéria.

3.5.2.1 Obrigação simples

Aquela que se apresenta com somente uma prestação, não havendo complexidade objetiva. Como exemplo, cite-se a hipótese de um contrato de compra e venda de um bem determinado.

3.5.2.2 Obrigação composta

Há uma pluralidade de objetos ou prestações, cabendo a seguinte subclassificação:

a) Obrigação composta objetiva cumulativa ou conjuntiva

N a *obrigação composta objetiva cumulativa ou conjuntiva* (ou tão somente *obrigação cumulativa)* o sujeito passivo deve cumprir todas as prestações previstas, sob pena de inadimplemento total ou parcial. Desse modo, a inexecução de somente uma das prestações já caracteriza o descumprimento obrigacional. Geralmente, essa forma de obrigação é identificada pela

conjunção *e*, de natureza aditiva.

A obrigação composta cumulativa ou conjuntiva não está tratada pelo Código Civil, sendo comum o seu estudo pela doutrina e jurisprudência. Exemplificando, em um contrato de locação de imóvel urbano, tanto o locador como o locatário assumem obrigação cumulativa. Isso pode ser evidenciado porque os arts. 22 e 23 da Lei 8.245/1991 trazem, respectivamente, vários deveres obrigacionais, prestações de natureza diversa, para o locador e para o locatário.

Pela estrutura obrigacional desse contrato, o locador é obrigado a entregar o imóvel, a garantir o seu uso pacífico e a responder pelos vícios da coisa locada, dentre outros deveres. O locatário é obrigado a pagar o aluguel e os encargos, a usar o imóvel conforme convencionado e a não modificar a forma externa do mesmo. Pode-se perceber uma série de prestações de naturezas diversas (dar, fazer e não fazer), de forma cumulada. O descumprimento de um desses deveres pode gerar o inadimplemento obrigacional.

b) Obrigação composta objetiva alternativa ou disjuntiva

O Código Civil Brasileiro de 2002 traz um tratamento em relação à *obrigação composta objetiva alternativa ou disjuntiva* (ou tão somente *obrigação alternativa*) entre os seus arts. 252 a 256. Trata-se da obrigação que se apresenta com mais de uma prestação, sendo certo que apenas uma delas deve ser cumprida pelo devedor. Normalmente, a obrigação alternativa é identificada pela conjunção *ou*, que tem natureza disjuntiva, justificando a outra nomenclatura dada pela doutrina.

Na opinião deste autor, o exemplo típico em que está presente a obrigação alternativa envolve o *contrato estimatório*, também conhecido como *contrato de venda em consignação*, negócio que recebeu tipificação pelo atual Código Civil. Conforme o art. 534 do CC, no contrato estimatório o consignante transfere ao consignatário bens móveis para que o último os venda, pagando o preço de estima, ou devolva tais bens findo o prazo assinalado no instrumento obrigacional.

Voltando especificamente à obrigação alternativa, havendo duas prestações, o devedor se desonera totalmente satisfazendo apenas uma delas. Como ocorre na obrigação de dar coisa incerta, o objeto da obrigação alternativa é determinável, cabendo uma escolha, do mesmo modo denominada *concentração*, que no silêncio cabe ao devedor (art. 252, *caput*, do CC).

Entretanto, a obrigação alternativa não se confunde com a obrigação de dar coisa incerta. De início, porque a primeira é uma obrigação composta (com duas ou mais prestações), enquanto a segunda é uma obrigação simples, com apenas uma prestação e objeto determinável. Na obrigação alternativa, muitas vezes, há prestações de naturezas diversas, de dar, fazer e não fazer, devendo ser feita uma opção entre essas. Isso não ocorre na obrigação de dar coisa incerta em que o conteúdo é uma coisa determinável, como visto. Na dúvida, a resposta deve ser dada pelo instrumento

obrigacional, cabendo análise caso a caso.

Enuncia o § 1.º do art. 252 do CC que não pode o devedor obrigar o credor a receber parte em uma prestação e parte em outra. A previsão está em total sintonia com as regras dos arts. 313 e 314 da codificação atual, pois o devedor não poderá, cabendo-lhe a escolha, obrigar o credor a receber parte de uma prestação e parte de outra, ou seja, receber as prestações de forma fragmentada. A conclusão é que prevalece, em regra, a identidade física e material das prestações na obrigação alternativa.

No caso de obrigação de prestações periódicas, também denominada obrigação de execução continuada ou trato sucessivo, a opção poderá ser exercida em cada período, o que mantém o contrato sob forma não instantânea (art. 252, § 2.º, do CC). Tal regra poderá ser aplicada em favor tanto do devedor quanto do credor, desde que não gere enriquecimento sem causa de um sujeito sobre o outro.

De acordo com o § 3.º do art. 252 do CC/2002, no caso de pluralidade de optantes e não havendo acordo unânime entre eles, decidirá o juiz, findo o prazo por este determinado para a deliberação em eventual ação. Nota-se que o Código Civil de 2002 preconiza que, não havendo acordo quanto à concentração na obrigação alternativa, em relação às partes ou a terceiros, a escolha caberá ao juiz a quem a questão foi levada. Esse comando legal revela o princípio da operabilidade, no sentido de efetividade, pelo qual o aplicador do Direito é chamado a se pronunciar em casos especificados pela própria lei, ou para preencher espaços vazios ou cláusulas gerais nela previstos. De qualquer forma, é interessante frisar que essa tendência de intervenção judicial não é mais a atual, pois vivificamos a tendência de *desjudicialização dos conflitos*.

Na hipótese de haver previsão no instrumento obrigacional no sentido de que a concentração cabe a terceiro, caso este não queira ou não possa exercer o ato, caberá o controle da escolha mais uma vez ao juiz da causa convocado a pronunciar-se sobre o caso concreto (art. 252, § 4.º, do CC). O dispositivo em questão, a exemplo do anterior comentado, tende a afastar qualquer possibilidade de enriquecimento sem causa, buscando o equilíbrio ou a equivalência das prestações (manutenção do sinalagma), trazendo a intervenção do juiz na obrigação, tendências da nova norma privada.

De acordo com o art. 253 do CC, se uma das duas prestações não puder ser objeto de obrigação ou se uma delas se tornar inexequível, subsistirá o débito quanto à outra. Esse dispositivo consagra a redução do objeto obrigacional, ou seja, a conversão da obrigação composta objetiva alternativa em obrigação simples. Dessa forma, se uma das prestações não puder ser cumprida, a obrigação se concentra na restante.

Pelo art. 254 do atual CC, tornando-se totalmente impossível a obrigação alternativa (se nenhuma das prestações puder ser cumprida) por culpa genérica do devedor, e não cabendo a escolha ao credor, deverá o primeiro arcar com a última prestação pela qual se obrigou, sem prejuízo das

perdas e danos. Na verdade, o comando legal determina que o valor a ser levado em conta é o da prestação sobre a qual recaiu a concentração, havendo a determinação do objeto por tal ato. Na hipótese de redução do objeto obrigacional, nos termos do art. 253 do CC, o valor deverá estar relacionado com o da prestação restante, ou do que "por último se impossibilitou", mais uma vez sem prejuízo da indenização cabível no caso concreto. A fórmula a seguir explica o dispositivo legal:

> Culpa do devedor + Impossibilidade de todas as prestações + Escolha não cabe ao credor = Valor da prestação que por último se impossibilitou + Perdas e danos.

Por outro lado, caso a escolha caiba ao credor, tornando-se impossível somente uma das prestações por culpa em sentido amplo do devedor, o primeiro terá duas opções (art. 255 do CC): exigir a prestação restante ou subsistente mais perdas e danos; ou exigir o valor da prestação que se perdeu, sem prejuízo da reparação material e moral (perdas e danos). Vejamos a fórmula:

> Culpa do devedor + Impossibilidade de uma das prestações + Escolha cabe ao credor = Prestação subsistente *ou* o valor da prestação que se perdeu + Perdas e danos.

Também nessa situação (culpa do devedor), cabendo a escolha ao credor e tornando-se impossível o cumprimento de ambas as prestações, o último poderá exigir o valor de qualquer uma das duas prestações, sem prejuízo da reparação por prejuízos materiais e morais. Pelo dispositivo em questão, percebe-se a natureza jurídica da obrigação alternativa, uma vez que somente uma das prestações pode ser exigida, em todos os casos. Esquematizando:

> Culpa do devedor + Impossibilidade de todas as prestações + Escolha cabe ao credor = Valor de qualquer uma das prestações + Perdas e danos.

Por fim, dispõe o art. 256 do atual Código Civil que se todas as prestações se tornarem impossíveis sem culpa do devedor, extinguir-se-á a obrigação.

> **Observação** – Deve-se tomar o devido cuidado categórico, pois as duas formas de obrigações compostas analisadas (alternativa e conjuntiva) não se confundem com a *obrigação facultativa*, que possui somente uma prestação, acompanhada por uma faculdade a ser cumprida pelo devedor de acordo com a sua opção ou conveniência. Como o credor não pode exigir essa faculdade, não havendo *dever* quanto a esta, a obrigação facultativa constitui uma forma de obrigação simples.[21] As respostas de enquadramento devem ser dadas caso a caso, principalmente com a análise do instrumento obrigacional. A obrigação facultativa não está prevista no Código Civil. De qualquer modo, é normalmente tratada pela doutrina e pela jurisprudência. Trazendo exemplo interessante com citação doutrinária, transcreve-se, do Tribunal de Minas Gerais: "Contrato

de arrendamento rural. Forma de pagamento. Percentual sobre o valor do produto colhido. Descaracterização para parceria rural. Inocorrência. ‘No arrendamento, a remuneração do contrato é sempre estabelecida em dinheiro, equivalente ao aluguel da locação em geral. O fato de o aluguel ser fixado em dinheiro, contudo, não impede que o cumprimento da obrigação seja substituído por quantidade de frutos cujo preço corrente no mercado local, nunca inferior ao preço mínimo oficial, equivalha ao aluguel, à época da liquidação’ (Artigo 18, do Regulamento). ‘Trata-se de obrigação facultativa, pois o devedor pode optar por substituir seu objeto quando do pagamento’. (Sílvio de Sávio Venosa. *Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 360). Apelação não provida” (TJMG, Acórdão 1.0118.05.003165-7/001, Canápolis, 10.ª Câmara Cível, Rel. Des. Pereira da Silva, j. 26.06.2007, *DJMG* 13.07.2007).

3.5.3 Classificação das obrigações quanto ao número de pessoas envolvidas. Estudo das obrigações solidárias

3.5.3.1 Conceitos básicos e regras gerais (arts. 264 a 266 do CC)

Assim como ocorre em relação à prestação, as obrigações podem ser complexas no que concerne às partes envolvidas (obrigações complexas subjetivas). Desse modo, em havendo mais de um credor, haverá uma *obrigação complexa subjetiva ativa*. Se estiverem presentes dois ou mais devedores, nessa situação é de *obrigação complexa subjetiva passiva*. Em ambas as hipóteses, ganha relevo o estudo das obrigações solidárias, importantíssimas para a prática obrigacional.

Ao tratar da matéria, o CC/2002 traz regras gerais (arts. 264 a 266), preceitos relativos à solidariedade ativa (arts. 267 a 274) e normas que regulamentam a solidariedade passiva (arts. 275 a 285).

Iniciando-se pelas regras gerais, prevê o art. 264 do CC que há solidariedade, quando na mesma obrigação concorrer mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito ou obrigado à dívida toda. Dessa forma, na *obrigação solidária ativa*, qualquer um dos credores pode exigir a obrigação por inteiro. Na *obrigação solidária passiva*, a dívida pode ser paga por qualquer um dos devedores.

O art. 265 do CC, repetindo a já tão conhecida regra do art. 896 do CC/1916, enuncia que a solidariedade não se presume, resultando da lei ou da vontade das partes. Como se nota, continua vigente a regra pela qual a solidariedade contratual não pode ser presumida, devendo resultar da lei (*solidariedade legal*) ou da vontade das partes (*solidariedade convencional*). Como exemplo interessante da norma, não se presume solidariedade passiva (art. 265 do Código Civil) pelo simples fato de duas ou mais pessoas jurídicas integrarem o mesmo grupo econômico (Enunciado n. 22 da *I Jornada de Direito Comercial*, promovida pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em 2012).

Muito importante apontar que a solidariedade prevista no dispositivo em análise é a

solidariedade de natureza obrigacional e relacionada com a responsabilidade civil contratual, que não se confunde com aquela advinda da responsabilidade civil extracontratual ou *aquiliana*, prevista no art. 942, parágrafo único, da lei privada, pelo qual "são solidariamente responsáveis com os autores os coautores e as pessoas designadas no art. 932". Cumpre ainda assinalar que a solidariedade obrigacional constitui regra no Código de Defesa do Consumidor, ao contrário do que ocorre na atual codificação civil, em que constitui exceção. Consta do art. 7.º, parágrafo único, da Lei 8.078/1990: "tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação de danos previstos nas normas de consumo". Esse comando consumerista, segundo doutrina especializada, traz uma presunção de solidariedade contratual.[22]

Pois bem, conjugando-se as regras até aqui analisadas vejamos as situações possíveis de solidariedade:

→ *Solidariedade ativa* – inicialmente, pode ser legal. Exemplo: solidariedade ativa entre locadores, nos termos do art. 2.º da Lei 8.245/1991. Pode ainda ser convencional, quando fixada por contrato, o que é mais comum.

→ *Solidariedade passiva* – também pode ser legal ou convencional, sendo a última também mais comum. Como exemplo de solidariedade passiva convencional, ilustre-se a existente entre locatários na locação imobiliária regida pela Lei 8.245/1991. Deve-se ter a devida atenção, pois fiador e devedor principal *não são*, em regra, devedores solidários. Isso porque é cediço que o fiador tem a seu favor o benefício de ordem previsto no art. 827 do CC, segundo o qual pode exigir que primeiro sejam demandados os bens do devedor principal, caso de um locatário, por exemplo. Em regra, por tal comando, o fiador é devedor subsidiário. Entretanto, é possível que o fiador fique vinculado como principal pagador ou devedor solidário (art. 828, II, do CC). Vale o esclarecimento diante de notória confusão, eis que, na grande maioria das vezes, é comum a estipulação contratual prevendo tal solidariedade.

→ *Solidariedade mista ou recíproca* – existente entre credores e devedores ao mesmo tempo, recebendo abordagem doutrinária.[23] Também pode ser legal (*v.g.*, locadores e locatários ao mesmo tempo, na locação imobiliária – art. 2.º da Lei 8.245/1991) e convencional (por força de contrato).

Superada essa classificação, determina o art. 266 do atual Código que a obrigação solidária, quanto à presença de elemento acidental, pode ser assim subclassificada:

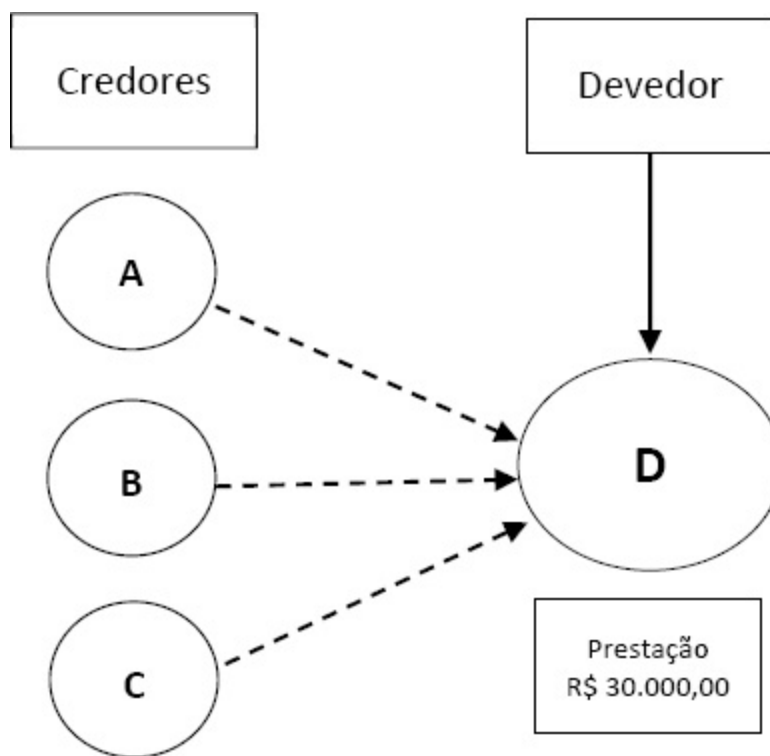
- *Obrigação solidária pura* ou *simples* – é aquela que não contém condição, termo ou encargo.
- *Obrigação solidária condicional* – é aquela cujos efeitos estão subordinados a um evento futuro e incerto (condição).
- *Obrigação solidária a termo* – é aquela cujos efeitos estão subordinados a evento futuro e certo (termo).

A obrigação solidária pode ser pura em relação a uma parte e condicional ou a termo em relação à outra, seja o sujeito credor ou devedor. O comando legal, contudo, não fala de obrigação solidária modal ou submetida a encargo. Fica a dúvida: seria esta possível? Diante do sistema aberto adotado pela atual codificação privada, deve-se entender que não há vedação, diante da possibilidade de compatibilidade do encargo com uma obrigação solidária e pelo fato de não existir

ilicitude ou contrariedade aos bons costumes a gerar eventual nulidade. Em suma, a dedução é que o art. 266 do atual CC traz um rol exemplificativo de situações (*numerus apertus*). Nesse sentido, na *IV Jornada de Direito Civil* foi aprovado o Enunciado n. 347, estabelecendo que "A solidariedade admite outras disposições de conteúdo particular além do rol previsto no art. 266 do Código Civil".

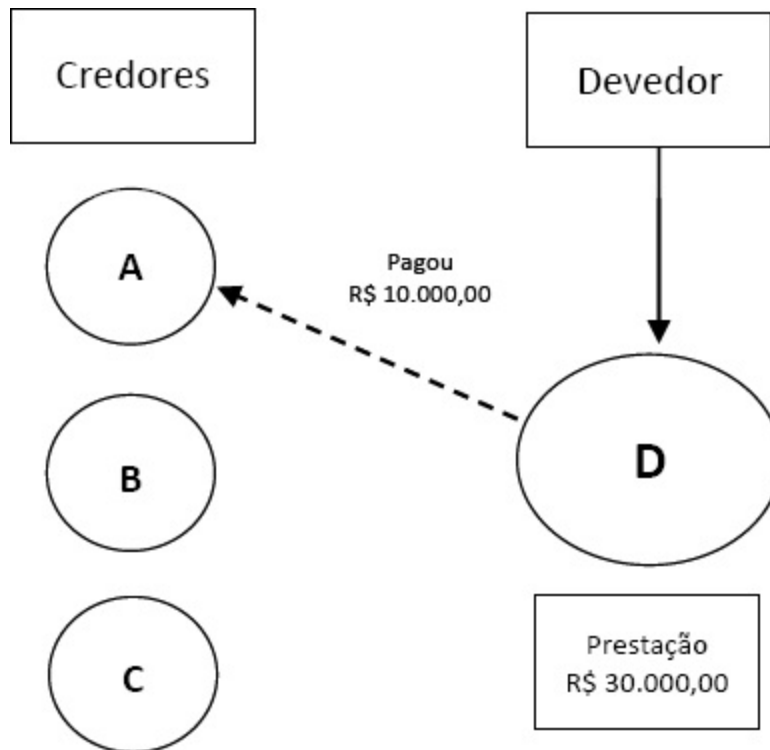
3.5.3.2 *Da solidariedade ativa (arts. 267 a 274 do CC)*

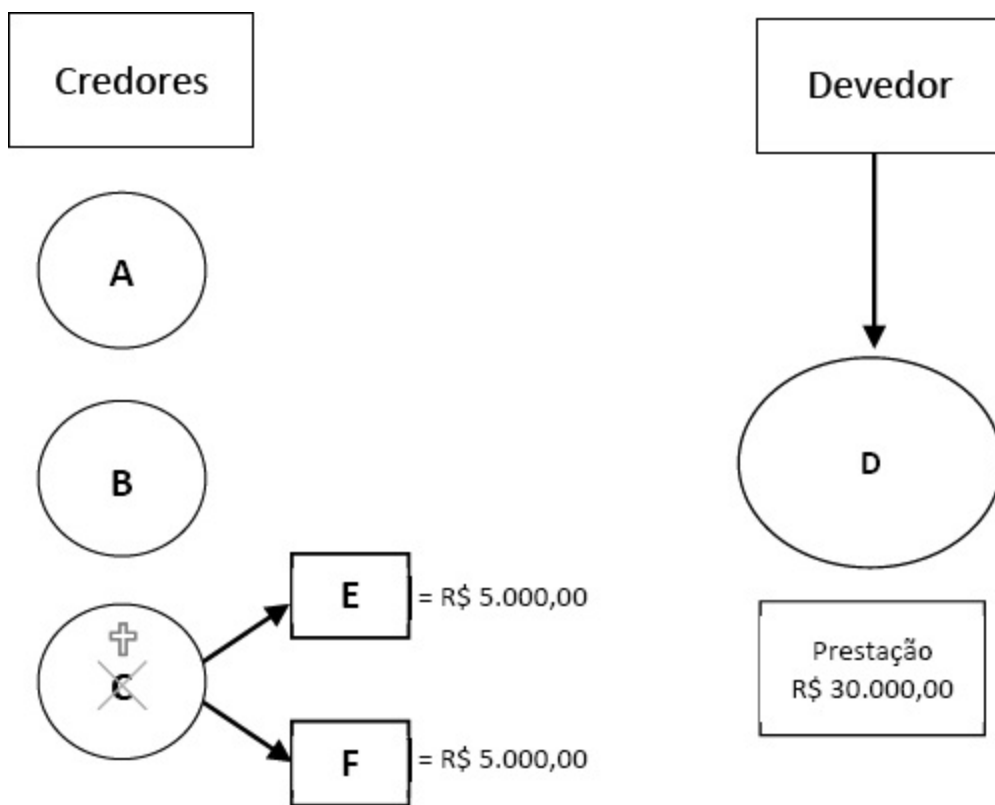
As obrigações solidárias oferecem grandes dificuldades para os operadores do Direito em geral. Por isso, todas as regras específicas serão estudadas e esquematizadas, para a sua total compreensão. Vejamos:

> *1.ª Regra* – Na solidariedade ativa, cada um dos credores solidários tem direito a exigir do devedor o cumprimento da prestação por inteiro (art. 267 do CC). Em complemento, enquanto alguns dos credores solidários não demandarem o devedor comum, a qualquer daqueles poderá este pagar (art. 268 do CC). Vejamos o diagrama:

No esquema acima – que demonstra a estrutura visual da solidariedade ativa –, a dívida de R$ 30.000,00 pode ser exigida por qualquer credor e de qualquer maneira. Assim, o credor *A* pode cobrar 10 mil, 20 mil ou mesmo a dívida por inteiro do devedor. Do mesmo modo, o devedor *D* pode pagar para quem quiser e como quiser, antes de eventual demanda proposta por qualquer dos credores.

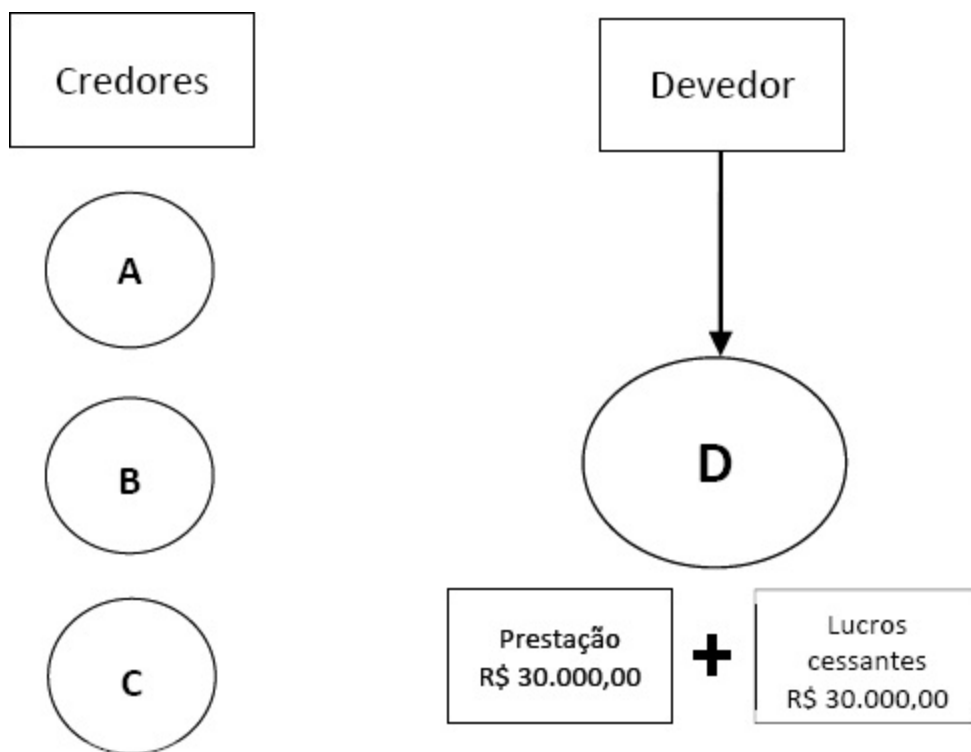
Porém, caso um dos credores demande o devedor, por meio de ação de cobrança ou similar, o pagamento somente poderá ser efetuado para aquele que demandou. Nesse sentido, leciona Maria

Helena Diniz: "Como qualquer credor solidário pode demandar, ou seja, acionar o devedor pela totalidade do débito, uma vez iniciada a demanda, ter-se-á a prevenção judicial; o devedor, então, apenas se libertará pagando a dívida por inteiro ao credor que o acionou, não lhe sendo mais lícito escolher o credor solidário para a realização da prestação".[24]

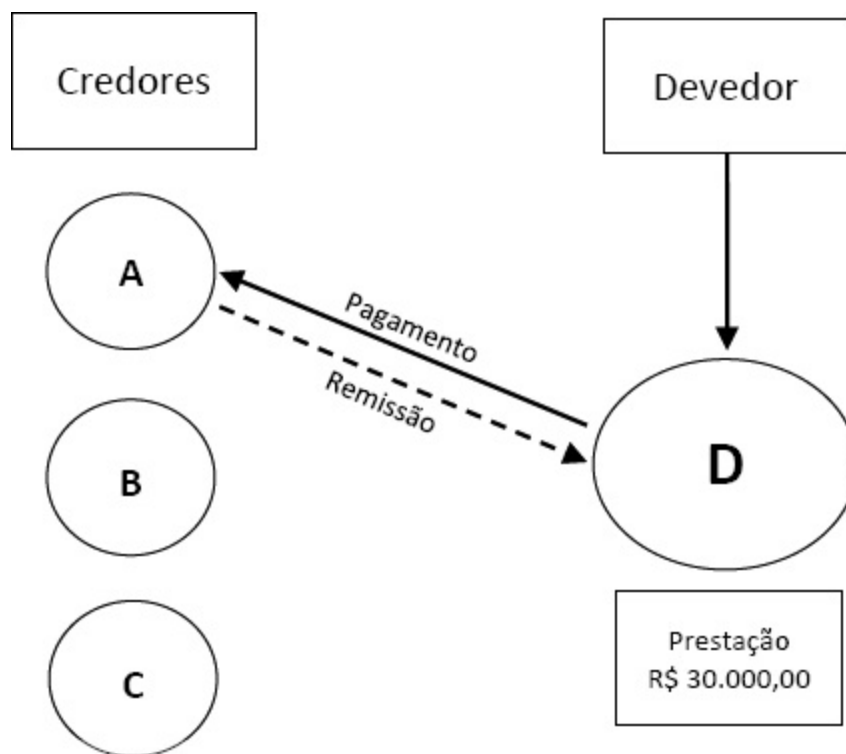
2.ª Regra – O pagamento feito a um dos credores solidários extingue a dívida até o montante do que foi pago (art. 269 do CC). Vejamos o esquema:

No caso de pagamento parcial efetuado pelo devedor *D* ao credor *A*, no montante de R$ 10.000,00, o restante da dívida – R$ 20.000,00 –, poderá ser cobrada por qualquer credor, o que obviamente inclui aquele que recebeu, ou seja, *A*.

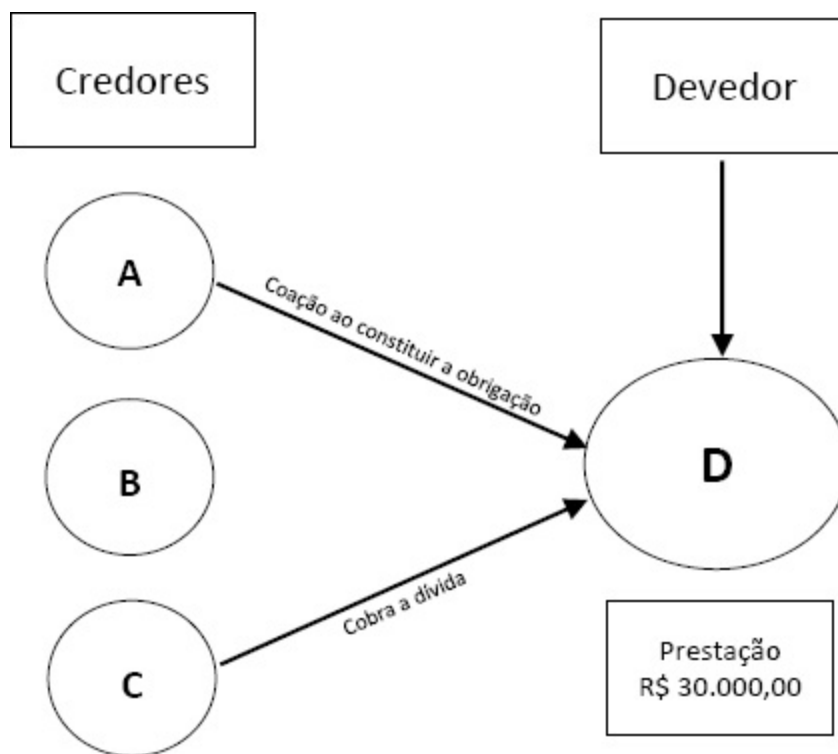
3.ª Regra – Se um dos credores solidários falecer deixando herdeiros, cada um destes só terá direito a exigir e receber a quota do crédito que corresponder ao seu quinhão hereditário, salvo se a obrigação for indivisível (art. 270 do CC):

Exemplificando com o esquema anterior, sendo a quota do credor *C*, que faleceu, de dez mil reais, cada um dos seus dois herdeiros *E* e *F* somente poderá exigir do devedor D cinco mil reais, o que consagra a *refração do crédito*. Anote-se que a solidariedade persiste em relação aos demais credores, que continuam podendo exigir os R$ 30.000,00, ou seja, a totalidade da dívida.

A premissa não deverá ser aplicada se a obrigação for naturalmente indivisível, como no exemplo da entrega de um animal para fins de reprodução ou de um veículo. Nesse caso, se um dos credores falecer, o cumprimento dessa obrigação indivisível ocorrerá se o objeto for entregue a qualquer um dos sucessores deste. É pertinente frisar que esse efeito não mantém relação com a solidariedade, mas sim com a indivisibilidade da obrigação.

> *4.ª Regra* – Convertendo-se a prestação em perdas e danos, subsiste (permanece), para todos os efeitos, a solidariedade (art. 271 do CC). Vejamos:

No diagrama acima, se a prestação tornar-se impossível com culpa do devedor *D*, acrescendo-se a título de perdas e danos o valor de R$ 30.000,00 por lucros cessantes, o montante total de R$ 60.000,00 poderá ser cobrado por qualquer credor, mantendo-se a solidariedade.

Consigne-se que nessa regra reside uma das principais dissonâncias entre a obrigação solidária ativa e a obrigação indivisível, o que muitas vezes atormenta o estudioso do Direito. Tal diferença refere-se aos efeitos da conversão em perdas e danos. De acordo com o art. 263 do CC a obrigação indivisível perde esse caráter quando da sua conversão em perdas e danos, o que não ocorre com a obrigação solidária ativa, que permanece com o dever do sujeito passivo obrigacional de pagar a quem quer que seja.

> *5.ª Regra* – O credor que tiver remitido (perdoado) a dívida ou recebido o pagamento responderá aos outros pela parte que lhes caiba (art. 272 do CC). Percebe-se que a obrigação solidária ativa não é fracionável em relação ao devedor (*relação externa*), mas fracionável em relação aos sujeitos ativos da relação obrigacional (*relação interna*). Ressalve-se que foram utilizadas as expressões *não fracionável e fracionável* apenas para fins didáticos, uma vez que a obrigação solidária de modo algum se confunde com a obrigação indivisível. Vejamos o diagrama lógico que consubstancia essa regra e tais conclusões:

No esquema, se o credor *A* perdoar a dívida por inteiro (remissão) ou receber o montante de R$ 30.000,00 deverá pagar para os demais credores *B* e *C* as suas quotas correspondentes, ou seja, R$ 10.000,00 para cada um deles. Entre os credores, na citada relação interna, a dívida pode ser fracionada, o que não ocorre na relação credores-devedor (relação externa).

6.ª Regra – Como novidade na atual codificação, preceitua o art. 273 que "a um dos credores solidários não pode o devedor opor as exceções pessoais oponíveis aos outros". As exceções pessoais são defesas de mérito existentes somente contra determinados sujeitos, como aquelas relacionadas com os vícios da vontade (erro, dolo, coação, estado de perigo e lesão) e as incapacidades em geral, como é o caso da falta de legitimação. Na obrigação solidária ativa, o devedor não poderá opor essas defesas contra os demais credores diante da sua natureza personalíssima. Vejamos, com ilustração concreta:

Para ilustrar, se o devedor *D* foi coagido pelo credor solidário *A* para celebrar determinado negócio jurídico obrigacional, a anulabilidade do negócio somente poderá ser oposta em relação a esse credor, não em relação aos demais credores, que nada têm a ver com a coação exercida. Se *C* cobrar a dívida e *D* alegar a coação de *A* como único argumento, a demanda de cobrança deve ser julgada procedente.

> *7.ª Regra* – É a literalidade do art. 274 do CC: "O julgamento contrário a um dos credores solidários não atinge os demais; o julgamento favorável aproveita-lhes, a menos que se funde em exceção pessoal ao credor que o obteve".

Novidade na atual codificação privada, a primeira parte do comando legal em questão não apresenta maiores problemas uma vez que se houver, na obrigação solidária ativa, julgamento contrário a um dos credores, este não atinge os demais, que permanecem com os seus direitos incólumes.

Resta dúvida quando o julgamento for favorável a um dos credores, expressando a norma que esse aproveita aos demais, a não ser que seja fundado em exceção pessoal a favor do credor. Parece mais correto o entendimento da doutrina processualista ao sustentar que a parte final do art. 274 do CC não tem sentido. Isso porque a referida exceção pessoal não existiria a favor do credor, mas somente em relação ao devedor, o que pode ser percebido pelo último esquema. Nesse sentido, comenta Fredie Didier Jr. que:

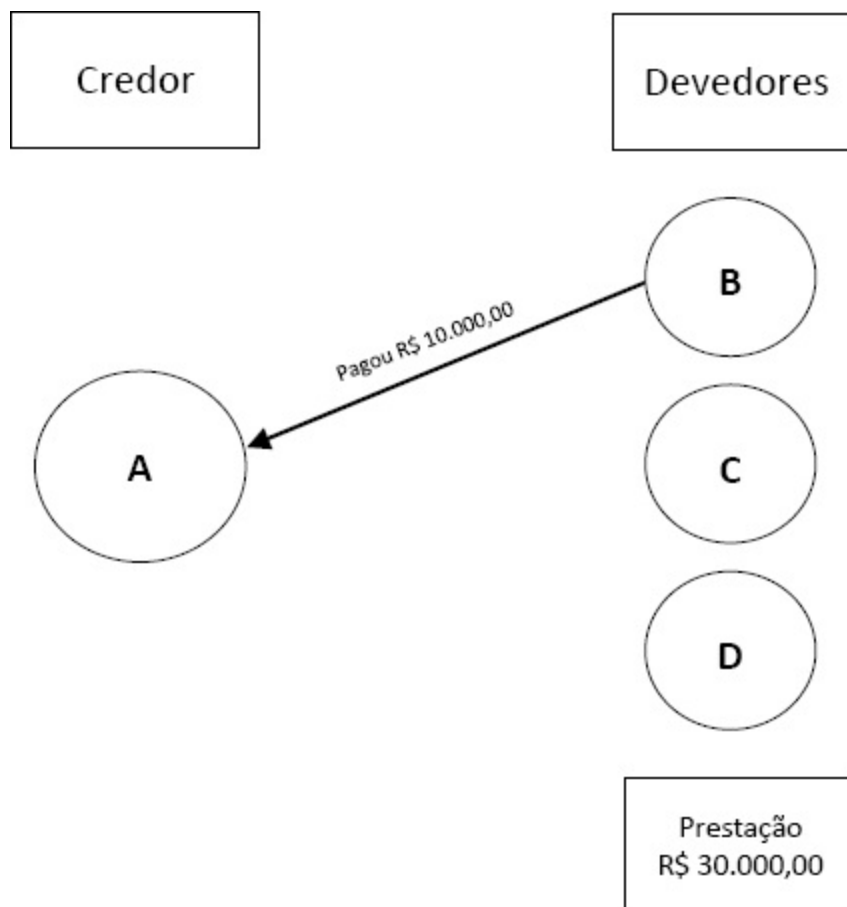
> "O julgamento favorável ao credor não pode estar fundado em exceção pessoal, alegação da defesa que é; se assim fosse, a decisão seria desfavorável e, por força da primeira parte do art. 274, não estenderia seus efeitos aos demais credores. Em resumo: não há julgamento favorável fundado em exceção pessoal; quando se acolhe a defesa, julga-se desfavoravelmente

o pedido. A parte final do art. 274, se interpretada literalmente, não faz sentido”.[25]

Diante desse sério problema, o doutrinador apresenta a seguinte solução para o dispositivo: “a) se um dos credores vai a juízo e perde, qualquer que seja o motivo (acolhimento de exceção comum ou pessoal), essa decisão não tem eficácia em relação aos demais credores; b) se o credor vai a juízo e ganha, essa decisão beneficiará os demais credores, salvo se o(s) devedor(es) tiver(em) exceção pessoal que possa ser oposta a outro credor não participante do processo, pois, em relação àquele que promoveu a demanda, o(s) devedor(es) nada mais pode(m) opor (art. 474 do CPC)”.[26]

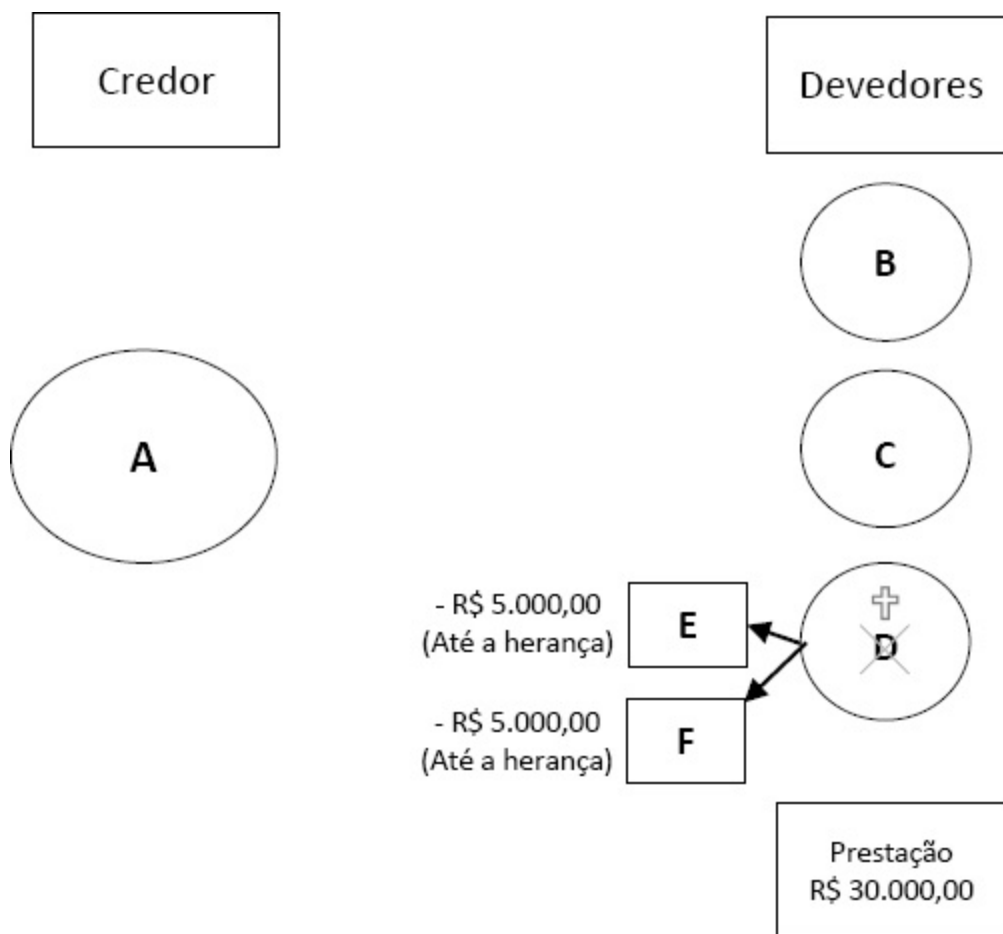
3.5.3.3 *Da obrigação solidária passiva (arts. 275 a 285 do CC)*

Como ocorreu com a solidariedade ativa, vejamos as regras relativas à solidariedade passiva, devidamente pontuadas e esquematizadas.

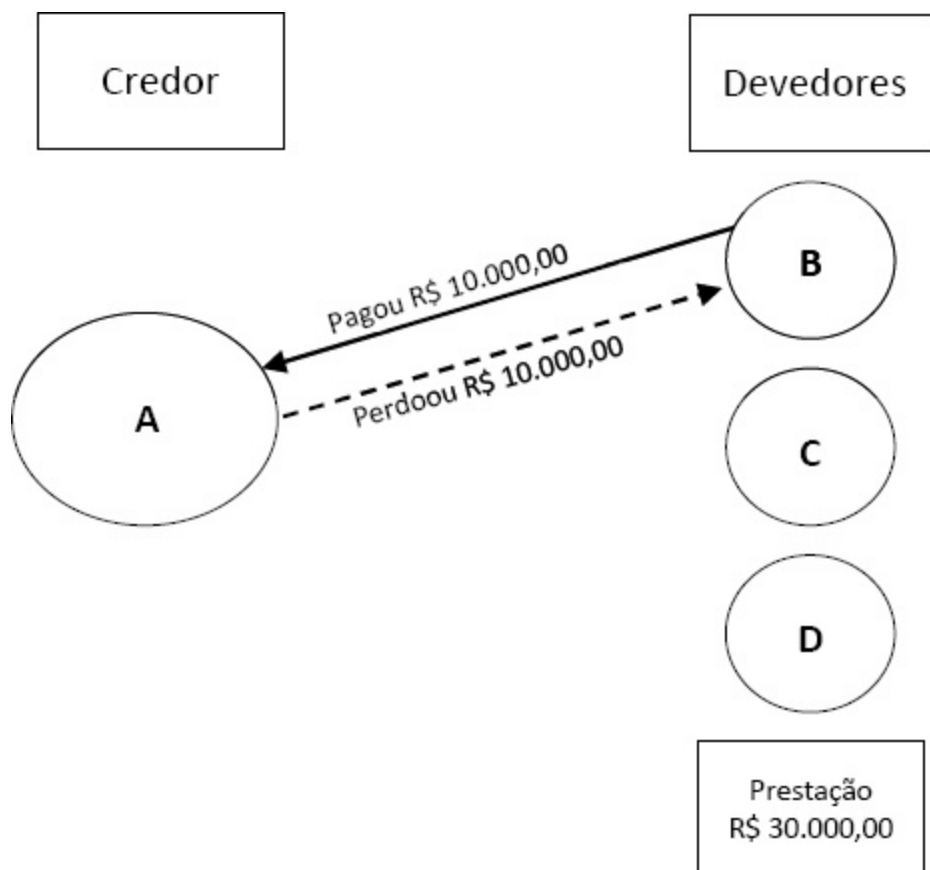
> *1.ª Regra* – Na obrigação solidária passiva, o credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum. Se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto (art. 275, *caput*, do CC). Não importará renúncia da solidariedade a propositura de ação pelo credor contra um ou alguns dos devedores (art. 275, parágrafo único, do CC). Vejamos o diagrama, já demonstrando a estrutura da solidariedade passiva. Como se pode notar, há um giro de cento em oitenta graus em relação à estrutura da solidariedade ativa:

O principal efeito decorrente da obrigação solidária passiva é que o credor pode cobrar o cumprimento da obrigação de qualquer um dos devedores como se todos fossem um só devedor. Há, portanto, uma opção de o credor cobrar um, vários ou todos os devedores, de acordo com a sua vontade (*opção de demanda*).

Caso ocorra pagamento parcial da dívida, todos os devedores restantes, após se descontar a parte de quem pagou, continuam responsáveis pela dívida inteira. Assim sendo, ocorrendo o pagamento parcial de R$ 10.000,00 pelo devedor *B*, mesmo ele poderá ser demandado pelo restante (R$ 20.000,00). Dentro dessa ideia, na *IV Jornada de Direito Civil*, foi aprovado o Enunciado n. 348 do CJF/STJ, prevendo que "O pagamento parcial não implica, por si só, renúncia à solidariedade, a qual deve derivar dos termos expressos da quitação ou, inequivocadamente, das circunstâncias do recebimento da prestação pelo credor" (autoria de Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber). Isso porque, na estrutura da obrigação, percebe-se um não fracionamento na relação entre credores e devedores (*relação externa*), e um fracionamento na relação dos devedores entre si (*relação interna*). Com a análise de algumas regras a seguir, ficará evidenciada tal constatação. Entretanto, deve ficar claro, mais uma vez, que se utiliza a expressão *fracionamento* somente para fins didáticos. Por certo que a obrigação solidária passiva não se confunde com a obrigação indivisível, como será exposto de forma detalhada mais à frente.

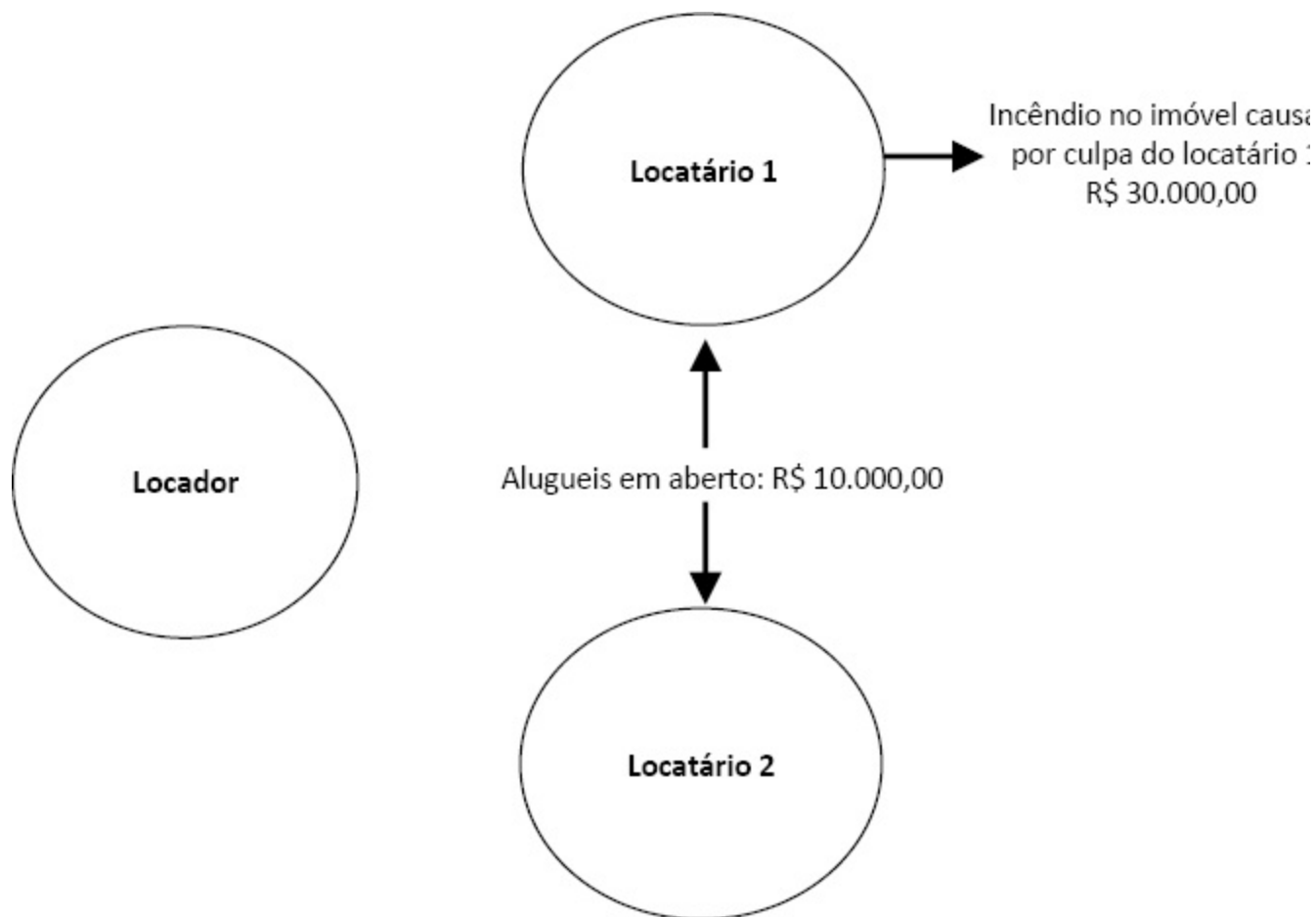
Concretizando muito bem a regra do art. 275 do CC, concluiu o Superior Tribunal de Justiça que o beneficiário do DPVAT – seguro obrigatório –, "pode acionar qualquer seguradora integrante do grupo para receber a complementação da indenização securitária, ainda que o pagamento administrativo feito a menor tenha sido efetuado por seguradora diversa. A jurisprudência do STJ sustenta que as seguradoras integrantes do consórcio do seguro DPVAT são solidariamente responsáveis pelo pagamento das indenizações securitárias, podendo o beneficiário reclamar de qualquer uma delas o que lhe é devido. Aplica-se, no caso, a regra do art. 275, *caput* e parágrafo único, do CC, segundo a qual o pagamento parcial não exime os demais obrigados solidários quanto ao restante da obrigação, tampouco o recebimento de parte da dívida induz a renúncia da solidariedade pelo credor" (STJ, REsp 1.108.715/PR, Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, j 15.05.2012, publicado no *Informativo* n. *497*).

2.ª Regra – Como ocorre com a solidariedade ativa, o art. 276 do CC traz regra específica envolvendo a morte de um dos devedores solidários. No caso de falecimento de um deles cessa a solidariedade em relação aos sucessores do *de cujus*, eis que os herdeiros somente serão responsáveis até os limites da herança e de seus quinhões correspondentes. A regra não se aplica se a obrigação for indivisível. Outra exceção é feita pelo comando, eis que todos os herdeiros reunidos são considerados um único devedor em relação aos demais devedores. Vejamos:

Se a dívida for de R$ 30.000,00 e se *D*, um dos três devedores, falecer, deixando dois herdeiros, *E* e *F*, cada um destes somente poderá ser cobrado em R$ 5.000,00, metade de R$ 10.000,00, que é a cota de *D*, pois com a morte cessa a solidariedade em relação aos herdeiros (refração do débito). E isso, ainda, até os limites da herança. Porém, estando um dos herdeiros com o touro reprodutor, sempre mencionado como exemplo de objeto na obrigação indivisível, este deverá entregar o animal, permanecendo a solidariedade.

Também é interessante deixar claro que, de acordo com o art. 276 do CC, todos os herdeiros, reunidos, devem ser considerados como um devedor solidário em relação aos demais codevedores. A parte final do dispositivo legal é interessante para os casos de pagamento feito por um dos devedores, que poderá cobrar dos herdeiros, até os limites da quota do devedor falecido e da herança.

> *3.ª Regra* – Tanto o pagamento parcial realizado por um dos devedores como o perdão da dívida (remissão) por ele obtida não têm o efeito de atingir os demais devedores na integralidade da dívida (art. 277 do CC). No máximo, caso ocorra o pagamento direto ou indireto, os demais devedores serão beneficiados de forma reflexa, havendo desconto em relação à quota paga ou perdoada. Vejamos:

Obviamente, considerando o que já foi exposto, nas duas situações acima – de pagamento e de perdão parciais –, os demais devedores poderão ser cobrados em R$ 20.000,00, sendo a prestação de R$ 10.000,00. Os efeitos do perdão ou remissão ainda serão aprofundados.

4.ª Regra – Dispõe o art. 278 do CC que "qualquer cláusula, condição ou obrigação adicional, estipulada entre um dos devedores solidários e o credor, não poderá agravar a posição dos outros sem consentimento destes". Por regra, o que for pactuado entre o credor e um dos devedores solidários não poderá agravar a situação dos demais, seja por cláusula contratual, seja por condição inserida na obrigação, seja ainda por aditivo negocial. Deve ser respeitado o princípio da relatividade dos efeitos contratuais, eis que o negócio firmado gera efeitos *inter partes*, em regra. Ilustrando, um eventual acordo celebrado entre um locatário e a concessionária de água não pode atingir os demais locatários solidários e o locador, se eles não participaram do acordo entre as partes originais (Nessa linha: TJSP, Apelação Cível 992.05.140405-1, Acórdão 4283429, São Paulo, 34.ª Câmara de Direito Privado, Rel.ª Des.ª Cristina Zucchi, j. 18.01.2010, *DJESP* 12.02.2010).

5.ª Regra – Impossibilitando-se a prestação por culpa de um dos devedores solidários, subsiste para todos o encargo de pagar o equivalente; mas pelas perdas e danos só responde o culpado. Vejamos um exemplo concreto:

Caso um imóvel que seja locado a dois devedores tenha um débito de aluguéis em aberto de R$ 10.000,00, o locador poderá cobrá-lo de qualquer um, de acordo com a sua vontade (Locatário 1 ou Locatário 2). Mas se um dos locatários causou um incêndio no imóvel, gerando prejuízo de R$ 30.000,00, apenas este responderá perante o sujeito ativo da obrigação, além do valor da dívida, por lógico (Locatário 1 responde por R$ 40.000,00). A dívida locatícia em aberto continua podendo ser cobrada de qualquer um dos devedores solidários.

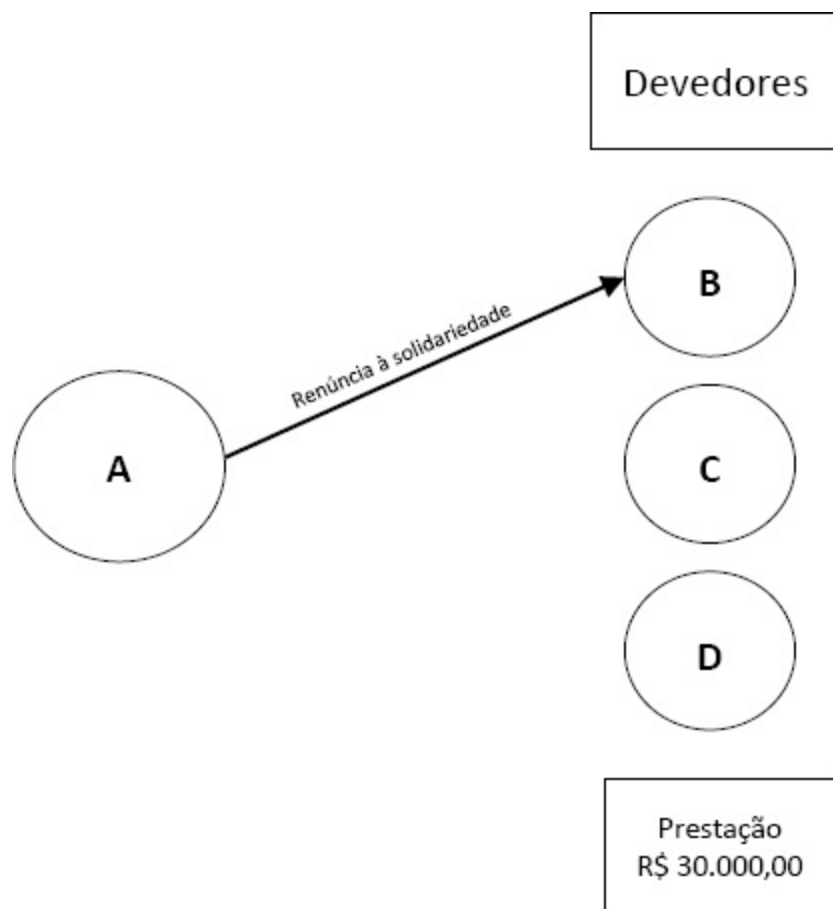
Em complemento, o art. 280 do Código Civil enuncia que todos os devedores respondem pelos juros moratórios decorrentes do inadimplemento, mesmo que a ação para cobrança do valor da obrigação tenha sido proposta em face de somente um dos codevedores. Porém, no tocante à obrigação acrescida, como é a hipótese dos juros decorrentes do ilícito extracontratual, responde apenas aquele que agiu com culpa, no caso acima, o Locatário 1.

Em suma, diferentemente do que ocorre com a obrigação indivisível, todos os devedores solidários sempre respondem pelo débito, mesmo não havendo descumprimento por parte de um ou de alguns. Dessa forma, a solidariedade quanto ao valor da dívida permanece em todos os casos. Porém, quanto às perdas e danos somente será responsável o devedor que agiu com culpa estrita (imprudência, negligência, imperícia) ou dolo (intenção de descumprimento). Esta é uma das mais importantes regras da teoria geral das obrigações.

6.ª Regra – Na solidariedade passiva, o devedor demandado poderá opor contra o credor as defesas que lhe forem pessoais e

aquelas comuns a todos, tais como pagamento parcial ou total e a prescrição da dívida (art. 281 do CC). Mas esse devedor demandado não poderá opor as exceções pessoais a que outro codevedor tem direito, eis que estas são personalíssimas, como se pode aduzir pelo próprio nome da defesa em questão. Ilustrando, qualquer um dos devedores poderá alegar a prescrição da dívida, ou o seu pagamento total ou parcial, direto ou indireto, pois as hipóteses são de exceções comuns. Por outra via, os vícios do consentimento (erro, dolo, coação, estado de perigo e lesão), somente podem ser suscitados pelo devedor que os sofreu.

7.ª Regra – O Código Civil de 2002 continua admitindo a renúncia à solidariedade, de forma parcial (a favor de um devedor) ou total (a favor de todos os codevedores), no seu art. 282, *caput* ("O credor pode renunciar à solidariedade em favor de um, de alguns ou de todos os devedores"). A expressão *renúncia à solidariedade* pode ser utilizada como sinônima de *exoneração da solidariedade*. Enuncia o parágrafo único do dispositivo que "Se o credor exonerar da solidariedade um ou mais devedores, subsistirá a dos demais".

Aprofundando o tema da renúncia à solidariedade, de início, a categoria se diferencia da remissão quanto aos efeitos, conforme reconhece o Enunciado n. 350 do CJF/STJ, aprovado na *IV Jornada de Direito Civil*, cuja redação é a seguinte: "A renúncia à solidariedade diferencia-se da remissão, em que o devedor fica inteiramente liberado do vínculo obrigacional, inclusive no que tange ao rateio da quota do eventual codevedor insolvente, nos termos do art. 284". Lembre-se de que pelo último dispositivo, no caso de rateio entre os codevedores, contribuirão também os exonerados da solidariedade pelo credor, pela parte que na obrigação incumbia ao insolvente. Pois bem, vejamos o esquema relativo à renúncia à solidariedade:

A elucidar o teor do enunciado doutrinário por último transcrito, se *A* é o credor de uma dívida de R$ 30.000,00, havendo três devedores solidários *B*, *C* e *D*, e renuncia à solidariedade em relação a *B*, este estará exonerado da solidariedade, mas continua sendo responsável por R$ 10.000,00. Quanto aos demais devedores, por óbvio, continuam respondendo solidariamente pela dívida.

Completando o enunciado anteriormente citado, na *IV Jornada de Direito Civil*, aprovou-se o Enunciado n. 349 do CJF/STJ: "Com a renúncia da solidariedade quanto a apenas um dos devedores solidários, o credor só poderá cobrar do beneficiado a sua quota na dívida; permanecendo a solidariedade quanto aos demais devedores, abatida do débito a parte correspondente aos beneficiados pela renúncia". O proponente do enunciado doutrinário foi José Fernando Simão, professor da USP. Ilustrando com a conclusão pelo abatimento, no exemplo por último apontado, em que a dívida era de R$ 30.000,00, havendo três devedores (B, C e D), ocorrendo a renúncia parcial da solidariedade, por parte do credor (*A*), em relação a um dos devedores (*B*), os demais somente, *C* e *D*, serão cobrados em R$ 20.000,00, permanecendo em relação a eles a solidariedade.

Destaque-se que tal forma de pensar tem aplicação reiterada em nossa jurisprudência, podendo-se colacionar: "Exoneração da cobrança de um ou mais devedores. Hipótese em que subsiste responsabilidade do devedor remanescente. Artigo 282, parágrafo único, do Código Civil. Escritura de cessão de crédito em que constou expressamente o termo 'renúncia ao crédito'. Reconhecida a renúncia ao crédito em relação aos demais coobrigados que implica em renúncia à solidariedade. Permissão de cobrança do devedor remanescente no valor da cessão. Recurso parcialmente provido para tal fim" (TJSP, Ag. 7264600-5, Acórdão 3299488, Monte Aprazível, 13.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Heraldo de Oliveira, j. 01.10.2008, *DJESP* 06.11.2008).

Encerrando a respeito do art. 282 do CC, na *IV Jornada de Direito Civil* foi aprovado um último enunciado, prevendo efeitos processuais do dispositivo. Trata-se do Enunciado n. 351 do CJF/STJ, pelo qual "A renúncia à solidariedade em favor de determinado devedor afasta a hipótese de seu chamamento ao processo". O enunciado doutrinário tem conteúdo bem interessante, de *diálogo* entre o Direito Civil e o Direito Processual, sendo certo que o chamamento ao processo é efeito decorrente da solidariedade, nos termos do art. 77, III, do CPC. Em relação àquele que foi exonerado da responsabilidade (B), portanto, não caberá o chamamento ao processo.

> *8.ª Regra* – O devedor que satisfez a dívida por inteiro tem direito a exigir de cada um dos codevedores a sua quota, dividindo-se igualmente por todos a do insolvente, se o houver, presumindo-se iguais, no débito, as partes de todos os codevedores (art. 283 do CC). Entretanto, se a dívida solidária interessar exclusivamente a um dos devedores, responderá este por toda ela para com aquele que a pagar (art. 285 do CC).

Pelo tom da primeira norma, o CC/2002 possibilita a ação de regresso por parte do devedor solidário que paga a dívida dos demais. Assim, percebe-se que o pagamento da dívida faz com que

esta perca o caráter de não fracionamento existente na relação entre devedores e credor ou credores (*relação externa*), outrora comentada. O devedor que paga a dívida poderá cobrar somente a quota dos demais, ocorrendo sub-rogação legal, nos termos do art. 346, III, do Código Civil atual. Para exemplificar, *A* é credor de *B, C* e *D*, devedores solidários, por uma dívida de R$ 30.000,00. Se *B* a paga integralmente, poderá cobrar de *C* e *D* somente R$ 10.000,00 de cada um, valor correspondente às suas quotas (totalizando R$ 20.000,00).

Na situação descrita, havendo declaração de insolvência de um dos devedores, a sua quota deverá ser dividida proporcionalmente entre os devedores restantes. Eventualmente, tal regra pode ser afastada, de acordo com o instrumento obrigacional, interpretação esta que pode ser retirada da parte final do art. 283 do CC, que constitui um preceito de ordem privada. Essa divisão proporcional constitui, portanto, uma presunção relativa (*iuris tantum*), que admite prova e previsão em contrário.

Por derradeiro, nos termos do art. 285 do CC, o *interessado direto* pela dívida responde integralmente por ela. Verificando a aplicação desse comando legal, caso um fiador pague a dívida de um locatário, devedor principal, poderá cobrar dele todo o montante da obrigação, pela aplicação do comando legal em questão. Já se o fiador paga toda a dívida de outro fiador, poderá aquele exigir somente a metade da mesma, eis que são devedores da mesma classe. Essa última conclusão, aliás, decorre da interpretação dos arts. 829, parágrafo único, e 831, ambos do CC, prevendo a última norma que "O fiador que pagar integralmente a dívida fica sub-rogado nos direitos do credor; mas só poderá demandar a cada um dos outros fiadores pela respectiva quota".

3.5.4 Classificação das obrigações quanto à divisibilidade (ou indivisibilidade) do objeto obrigacional

A classificação da obrigação no que toca à divisibilidade (ou indivisibilidade) leva em conta o seu conteúdo, ou seja, a unicidade da prestação. Conforme aponta com unanimidade a doutrina, tal classificação só interessa se houver pluralidade de credores ou de devedores (*obrigações compostas subjetivas*). As regras a respeito da obrigação divisível e indivisível constam entre os arts. 257 a 263 do CC. Antes do seu estudo, vejamos os seus conceitos:

a) *Obrigação divisível:* é aquela que pode ser cumprida de forma fracionada, ou seja, em partes.
b) *Obrigação indivisível:* é aquela que não admite fracionamento quanto ao cumprimento.

Inicialmente, preconiza o art. 257 do CC que havendo mais de um devedor ou mais de um credor em *obrigação divisível*, esta se presume dividida em tantas obrigações, iguais e distintas, quanto os credores e devedores. A obrigação divisível continua merecendo o mesmo tratamento civil anterior, devendo ser esta fracionada em tantas obrigações quantos forem os credores e devedores,

de forma igualitária e independente. A divisão dessa forma constitui uma presunção relativa (*iuris tantum*), que admite regra ou prova em contrário, consagração da regra *cuncursu partes fiunt*, segundo a qual os sujeitos obrigacionais não terão direitos ou serão obrigados além da parte material da prestação assumida.

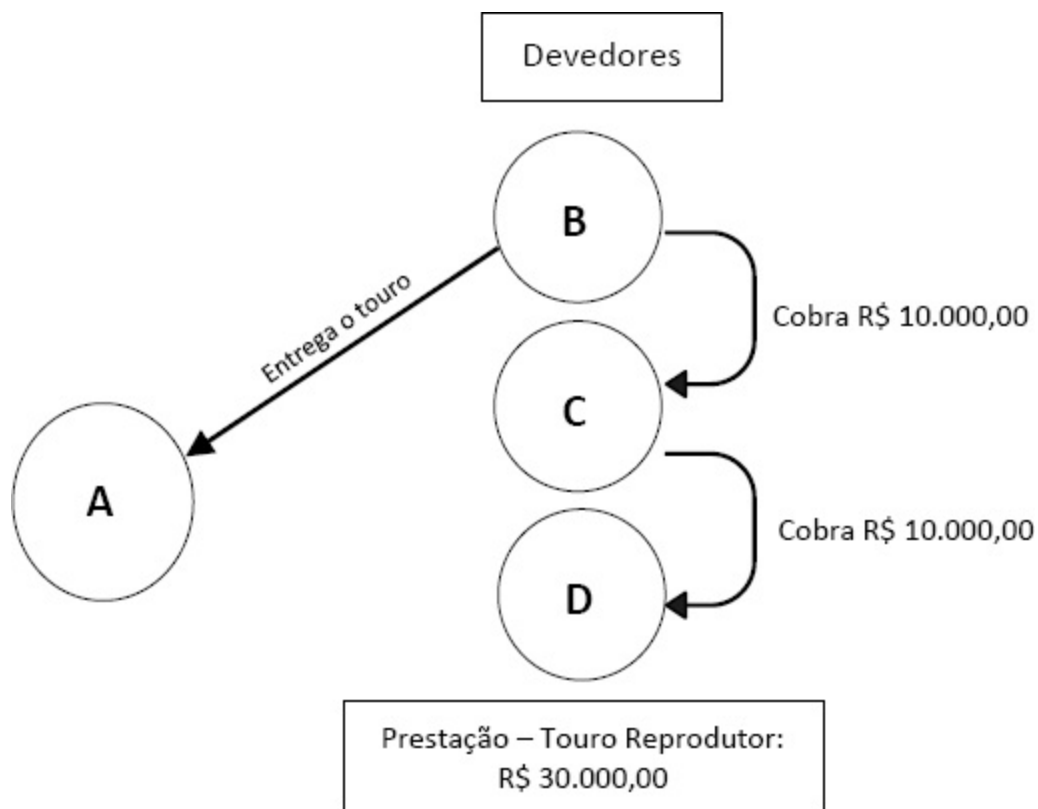
Imaginando com simplicidade, em havendo três devedores da obrigação divisível de entregar 120 sacas de soja em relação a um único credor, aplicando-se a presunção relativa de divisão igualitária, cada devedor deverá entregar 40 sacas. Eventualmente, o instrumento obrigacional pode trazer uma divisão distinta e não igualitária, pois o art. 257 do CC é norma de ordem privada.

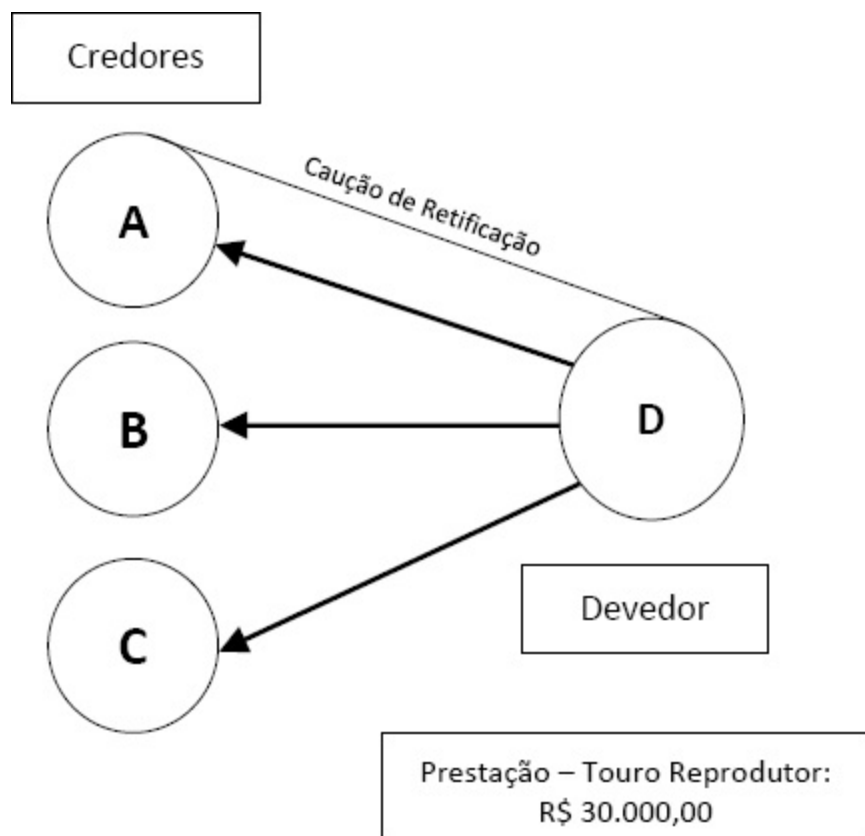
No que concerne à *obrigação indivisível*, o conceito do art. 258 do CC está em total sintonia com a operabilidade, no sentido de facilitação do Direito Privado. Por esse dispositivo, a obrigação indivisível é aquela que não pode ser fracionada, tendo por objeto uma coisa ou um fato insuscetível de divisão, em decorrência da sua natureza, por razões econômicas ou por algum motivo determinante do negócio jurídico e do contrato.

A indivisibilidade pode ser, assim, *natural* (decorrente da natureza da prestação), *legal* (decorrente de imposição da norma jurídica) ou *convencional* (pela vontade das partes da relação obrigacional). Na maioria das vezes, a indivisibilidade é econômica, pois a deterioração da coisa ou tarefa pode gerar a sua desvalorização, tendo origem na autonomia privada dos envolvidos na relação obrigacional. Como exemplo dessa desvalorização econômica, pode ser citada a obrigação que tem como objeto um diamante de 50 quilates, cuja divisão em pequenas pedras terá um valor bem inferior ao da pedra inteira.

Lembre-se de que as obrigações de dar podem ser divisíveis ou indivisíveis, o mesmo ocorrendo em relação às obrigações de fazer. Por sua natureza infungível e personalíssima, as obrigações de não fazer são quase sempre indivisíveis.

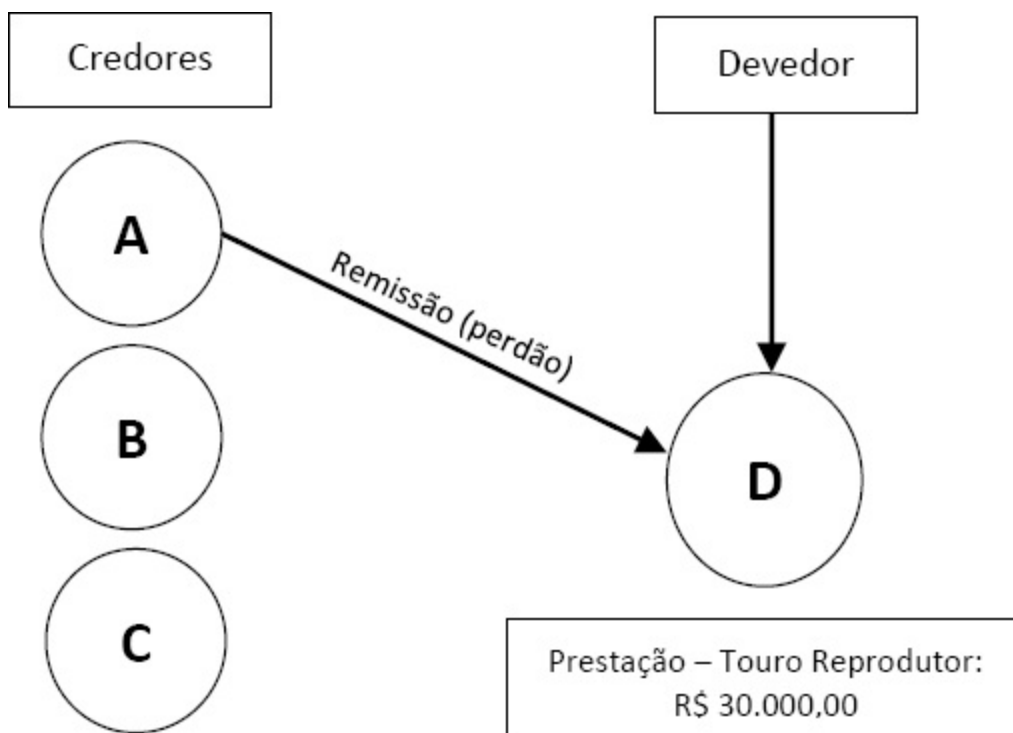
Vejamos as *regras fundamentais das obrigações indivisíveis*, devidamente esquematizadas:

> *1.ª Regra* – Na obrigação indivisível, havendo dois ou mais devedores, cada um será obrigado pela dívida toda. O devedor, que paga a dívida, sub-roga-se no direito do credor em relação aos outros coobrigados (art. 259 do CC). Trata-se de sub-rogação legal, automática ou *pleno iure*, enquadrada no art. 346, III, do Código atual – terceiro interessado que poderia ser responsável pela dívida, no todo ou em parte. Vejamos o esquema ilustrativo:

Imagine-se que há um credor (*A*) e três devedores (*B, C* e *D*), que devem entregar um touro reprodutor, exemplo típico de objeto indivisível, cujo valor é R$ 30.000,00. Se *B* entrega o touro, poderá exigir, em sub-rogação, R$ 10.000,00 de cada um dos demais devedores, ou seja, as suas quotas-partes correspondentes.

> *2.ª Regra* – Em caso de pluralidade de credores na obrigação indivisível, enuncia o art. 260 do CC que estes poderão exigir a obrigação por inteiro. Porém, o devedor ou os devedores somente se desoneram pagando: I) a todos conjuntamente; II) a um dos credores, dando este *caução de ratificação* dos outros credores. Vejamos:

No caso acima o devedor *D* pode entregar o touro reprodutor para todos os credores ao mesmo tempo. Além disso, pode entregá-lo para o credor *A*, dando este uma garantia de que irá repassar as quotas dos demais (*caução de ratificação*).

Este autor segue o posicionamento doutrinário pelo qual essa garantia deverá ser celebrada por escrito, datada e assinada pelas partes, com firmas reconhecidas. Para dar maior certeza e segurança, o documento pode até ser registrado em cartório de títulos e documentos, tudo isso em respeito ao princípio da eticidade e da boa-fé objetiva, que valoriza a conduta de lealdade dos participantes obrigacionais. Após o repasse aos demais credores, a garantia poderá ser levantada. O bem dado em garantia, também visando maior certeza e segurança, deverá ter valor próximo ao valor da obrigação. Trata-se, em suma, de uma *garantia real*.

Em complemento, enuncia o art. 261 do CC que se um credor receber a prestação por inteiro, os demais poderão pleitear a parte da obrigação a que têm direito, em dinheiro. Assim, no exemplo antes citado, valendo este R$ 30.000,00, se um dos três credores receber o animal por inteiro, os outros dois sujeitos obrigacionais ativos poderão pleitear cada qual sua quota, ou seja, R$ 10.000,00, daquele que o recebeu.

3.ª Regra – Se um dos credores remitir (perdoar) a dívida, a obrigação não ficará extinta para com os outros. Porém, estes só a poderão exigir, descontada a quota do credor remitente. O mesmo critério se observará no caso de transação, novação, compensação ou confusão (art. 262 do CC). Em tais casos, os credores restantes somente poderão exigir as suas quotas correspondentes. Vejamos:

A, B e *C* são credores de *D* quanto à entrega do famoso touro reprodutor, que vale R$ 30.000,00. *A* perdoa (remite) a sua parte na dívida, correspondente a R$ 10.000,00. *B* e *C* podem ainda exigir o touro reprodutor, desde que paguem a *D* os R$ 10.000,00 que foram perdoados.

> *4.ª Regra* – No art. 263, *caput*, do CC, reside a principal diferença, na opinião deste autor, entre a obrigação indivisível e a obrigação solidária. Conforme o comando em análise, a obrigação indivisível perde seu caráter se convertida em obrigação de pagar perdas e danos, que é uma obrigação de dar divisível. Já a obrigação solidária, tanto ativa quanto passiva, conforme demonstrado oportunamente, não perde sua natureza se convertida em perdas e danos. Inicialmente, caso haja culpa *lato sensu* por parte de todos os devedores no caso de descumprimento da obrigação indivisível, todos responderão em partes ou frações iguais, pela aplicação direta do princípio da proporcionalidade, devendo o magistrado apreciar a questão sob o critério da equidade (art. 263, § 1.º, do CC). Porém, se houver culpa por parte de um dos devedores, somente este responderá por perdas e danos, bem como pelo valor da obrigação (art. 263, § 2.º, do CC).

Na última previsão surge divergência doutrinária. Segue-se a corrente que prega que a exoneração mencionada no parágrafo em análise é total, eis que atinge tanto a obrigação em si quanto a indenização suplementar. Nesse sentido, posicionam-se Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber. "Se somente um dos devedores for culpado pelo descumprimento da prestação indivisível, a deflagração do dever de indenizar a tal devedor se limita. Por expressa disposição do art. 263, § 2.º, credor ou credores nada podem exigir dos devedores não culpados, que ficam exonerados do vínculo obrigacional. A solução, aqui sim, é irrepreensível, por restringir a responsabilidade pelo inadimplemento obrigacional a quem culposamente lhe deu causa".[27]

Mas a questão não é pacífica, pois há quem entenda que, havendo culpa de um dos devedores na obrigação indivisível, aqueles que não foram culpados continuam respondendo pelo valor da obrigação; mas pelas perdas e danos só responde o culpado. Desse modo entende Álvaro Villaça

Azevedo, Mestre das Arcadas, nos seguintes termos:

> "Entretanto, a culpa é meramente pessoal, respondendo por perdas e danos só o culpado, daí o preceito do art. 263, que trata da perda da indivisibilidade das obrigações deste tipo, que se resolvem em perdas e danos, mencionando que, se todos os devedores se houverem por culpa, todos responderão em partes iguais (§ 1.º), e que, se só um for culpado, só ele ficará responsável pelo prejuízo, restando dessa responsabilidade exonerados os demais, não culpados. Veja-se bem! Exonerados, tão somente, das perdas e danos, não do pagamento de suas cotas".[28]

No mesmo sentido opina José Fernando Simão, que fez proposta de enunciado doutrinário na *VI Jornada de Direito Civil* (2013), assim aprovado: "havendo perecimento do objeto da prestação indivisível por culpa de apenas um dos devedores, todos respondem, de maneira divisível, pelo equivalente e só o culpado, pelas perdas e danos" (Enunciado n. 540 do CJF/STJ). Para amparar suas justificativas, o jurista cita, além de Álvaro Villaça Azevedo, as lições de Maria Helena Diniz, Sílvio de Salvo Venosa, Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias.

Para esclarecer, a razão pela qual ainda estamos filiados ao primeiro posicionamento é que dentro do conceito de perdas e danos – nos termos do art. 402 do CC – está o valor da coisa percebida, concebido como dano emergente, pois o aludido comando legal fala em "do que ele efetivamente perdeu". Desse modo, no exemplo citado, havendo culpa de um dos devedores pela perda do animal (touro reprodutor), responderá o culpado pelo valor da coisa (a título de dano emergente) e eventuais lucros cessantes que foram provados pelo prejudicado. Os demais devedores nada deverão pagar. Repise-se que a questão é controvertida, típica das grandes discussões contemporâneas do Direito Privado.

Encerrando o assunto e visando à facilitação didática, o quadro a seguir traz as diferenciações entre as obrigações solidárias e as obrigações indivisíveis. As duas primeiras diferenças servem tanto para a solidariedade ativa quanto para a passiva.

A terceira diferença apenas se aplica à última, desde que adotado o posicionamento de Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber quanto à culpa de apenas um dos devedores.

Obrigação Solidária	**Obrigação Indivisível**	**–**
A solidariedade tem origem pessoal/subjetiva e decorre da lei ou de acordo das partes.	A indivisibilidade tem origem objetiva, da natureza do objeto da prestação.	Diferença aplicável tanto para a solidariedade ativa quanto passiva.
Convertida em perdas e danos, é mantida a solidariedade.	Convertida em perdas e danos, é extinta a indivisibilidade.	Diferença aplicável tanto para a solidariedade ativa quanto passiva.
Com a referida conversão, havendo culpa de apenas um dos devedores, todos continuam responsáveis pela dívida. Pelas perdas e danos, somente responde o culpado (art. 279 do CC).	Com a conversão em perdas e danos, havendo culpa de apenas um dos devedores, ficarão exonerados totalmente os demais (art. 263, § 2.º, do CC) – entendimento de Gustavo	Diferença relacionada apenas com a solidariedade passiva.

	Tepedino e Anderson Schreiber, seguido por este autor.	

3.6 O ADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES (TEORIA DO PAGAMENTO

3.6.1 Primeiras palavras

Por meio do pagamento, cumprimento ou adimplemento obrigacional tem-se a liberação total do devedor em relação ao vínculo obrigacional. A matéria engloba os seguintes tópicos, que consubstanciam a *teoria do pagamento* – expressão de Orlando Gomes –, assim subdivididos:

I) Pagamento Direto:

– Elementos subjetivos – Quem paga e quem recebe?

– Elementos objetivos – O que se paga e como paga?

– Lugar do pagamento – Onde se paga?

– Tempo de pagamento – Quando se paga?

II) Regras especiais de pagamento – atos unilaterais:

– Pagamento em consignação.

– Imputação do pagamento.

– Sub-rogação legal.

III) Formas de pagamento indireto – atos bilaterais ou negócios jurídicos:

– Sub-rogação convencional.

– Dação em pagamento.

– Novação.

– Compensação.

– Confusão.

– Remissão.

Além das figuras acima, existem também contratos que geram o pagamento: a transação e o compromisso. Como a opção metodológica do Código Civil de 2002 foi deslocar os institutos para o capítulo próprio dos contratos, nesta seção as categorias serão estudadas.

Feitos esses esclarecimentos iniciais, passa-se ao estudo de tais figuras obrigacionais.

3.6.2 Do pagamento direto

3.6.2.1 *Elementos subjetivos do pagamento direto. O* solvens *e o* accipiens. *Quem paga e quem recebe*

De acordo com o que consta do Código Civil em vigor e reunindo o que de melhor existe na doutrina, pode-se dizer que são elementos subjetivos ou pessoais do pagamento o *solvens* (quem deve pagar) e o *accipiens* (a quem se deve pagar). Deve-se ter muito cuidado para não denominar as partes como o *devedor* e o *credor*, uma vez que a lei civil não utiliza tais expressões. Como se sabe, outras pessoas, que não o devedor, podem pagar; ao mesmo tempo em que outras pessoas, que não o credor, podem receber.

a) Do solvens ou "quem deve pagar" (arts. 304 a 307 do CC)

Como regra geral, o *solvens* será o devedor. Porém, outras pessoas também podem pagar, além do próprio sujeito passivo da relação obrigacional. Nesse sentido, enuncia o art. 304 do CC que qualquer interessado na dívida pode pagá-la, podendo usar, se houver oposição do credor, dos meios conducentes à exoneração do devedor. A título de ilustração, havendo oposição do credor, poderá o terceiro interessado utilizar-se do pagamento em consignação, judicial ou extrajudicial, previsto nos arts. 334 do CC e 890 do CPC.

Outro conceito que pode gerar dúvida é o de *terceiro interessado na dívida*. Este corresponde à pessoa que tenha *interesse patrimonial* na sua extinção, caso do fiador, do avalista ou do herdeiro. Em havendo o pagamento por esse terceiro interessado, esta pessoa sub-roga-se automaticamente nos direitos de credor, com a transferência de todas as ações, exceções e garantias que detinha o credor primitivo. Em hipóteses tais, ocorre a chamada sub-rogação legal ou *automática* (art. 346, III, do CC).

Mas deve ser tomado o devido cuidado, uma vez que *interesse patrimonial não significa interesse afetivo*. Dessa forma, um pai que paga a dívida do filho por intuito afetivo não pode ser considerado terceiro interessado no campo do direito obrigacional. O pai que paga a dívida deve ser considerado, na verdade, um *terceiro não interessado na dívida*. Esse também tem direito de realizar o pagamento. Em casos tais, duas regras devem ser observadas:

→ *S*e o terceiro não interessado fizer o pagamento *em seu próprio nome* tem direito a reembolsar-se no que pagou, mas não se sub-roga nos direitos do credor (art. 305 do CC). Se pagar a dívida antes de vencida, somente terá direito ao reembolso ocorrendo o seu vencimento (art. 305, parágrafo único, do CC).

→ *Se* o terceiro não interessado fizer o pagamento *em nome e em conta do devedor*, sem oposição deste, não terá direito a nada, pois é como se fizesse uma doação, um ato de liberalidade (interpretação do art. 304, parágrafo único, do CC). Em casos de dúvidas, prevalece a premissa segundo a qual o terceiro pagou em seu próprio nome, eis que os atos de liberalidade não admitem interpretação extensiva (art. 114 do CC).

No primeiro caso apontado, não há sub-rogação legal, como ocorre quando o terceiro interessado paga a dívida, mas mero direito de reembolso. Os dois institutos não se confundem, uma vez que na sub-rogação legal há uma substituição automática do credor, o que prescinde de prova quanto à existência da dívida. Ademais, o novo credor terá todos os direitos, garantias e ações que detinha o antigo credor (art. 349 do CC). No direito de reembolso isso não ocorre, podendo haver necessidade de se provar a dívida e o correspondente pagamento, eventualmente. No direito de regresso, não há substituição automática do credor em direitos, garantias e ações.

Em continuidade, preconiza o art. 306 da atual codificação que se ocorrer o pagamento por terceiro não interessado e em seu próprio nome, sem o conhecimento ou havendo oposição do devedor, não haverá obrigação de reembolso do devedor em relação a esse terceiro, se o primeiro provar que tinha meios para ilidir a ação, ou seja, para solver a obrigação. Exemplo típico é o caso em que o devedor tinha a seu favor a alegação de prescrição da dívida. Se ele, sujeito passivo da obrigação, provar tal fato e havendo o pagamento por terceiro, não haverá o mencionado direito de reembolso. Nesse sentido, com interessante aplicação prática:

> "Monitória. Embargos rejeitados. Compromisso de compra e venda firmado entre as partes onde o embargante (vendedor) assumiu dívidas existentes sobre o bem até a data da alienação. Descoberta pelos embargados (compradores) de dívida junto à empresa responsável pelo abastecimento de água e saneamento da localidade, referente a obras para implantação da rede, executadas no ano de 1979. Pagamento precipitado pelos embargados, sem comunicar o embargante, efetivo devedor, para que pudesse se opor à cobrança de dívida prescrita, ficando dessa forma privados do reembolso. Inteligência do art. 306 do atual Código Civil. Embargante que reunia meios de se opor à cobrança, em virtude da evidente prescrição da dívida. Sentença reformada. Recurso provido para julgar procedentes os embargos e decretar a improcedência da ação monitória, invertidos os ônus da sucumbência" (TJSP, Apelação com Revisão 443.430.4/8, Acórdão 4129838, Campinas, 8.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Salles Rossi, j. 14.10.2009, *DJESP* 28.10.2009).

Ainda a respeito do *solvens*, dispõe o art. 307 do CC/2002 que somente terá eficácia o pagamento que importar transmissão da propriedade quando feito por quem possa alienar o bem em que ele consentiu. Desse modo, somente se o *solvens* for titular de um direito real, será possível o pagamento. Esse dispositivo veda a alienação por quem não seja o dono da coisa (*a non domino*). A solução dada pela norma, em sua literalidade, é a ineficácia, e não a invalidade do pagamento.

Pelo parágrafo único desse dispositivo, se a parte der em pagamento coisa fungível (substituível) de terceiro, não será mais possível que este reclame do credor que a recebeu de boa-fé e a consumiu. E isso ocorre mesmo no caso de alienação do bem por insolvente. Dessa forma, se for entregue coisa de terceiro, o mesmo deverá demandar o devedor se a coisa já tiver sido consumida mesmo de boa-fé, baseando-se no princípio da vedação do enriquecimento sem causa. Mas, se não houve ainda o consumo, o terceiro poderá demandar o *accipiens*, segundo a nossa interpretação do dispositivo. Vejamos um exemplo. *A* entrega a *B* de cem sacas de café pertencentes a *C*, como forma de pagamento. Três são as possibilidades nesse caso:

- Se o café já foi consumido por *B*, de boa-fé, a ação de *C* é contra *A*.
- Se o café não foi consumido por *B*, a ação de *C* é contra *B*.
- Se o café foi consumido por *B*, de má-fé, a ação é contra *B*. Havendo má-fé e perdas e danos, quanto às últimas respondem todos os culpados solidariamente.

Essas conclusões partem da análise do último dispositivo à luz dos princípios da função social e da boa-fé que também regem a *teoria do pagamento*.

b) Do accipiens ou "a quem se deve pagar" (arts. 308 a 312 do CC)

Como regra geral, o *accipiens* será o credor. Mas o pagamento também pode ser feito ao seu representante, que tem poderes para receber o pagamento, sob pena de só valer depois de ratificação, de confirmação pelo credor, ou havendo prova de reversão ao seu proveito (art. 308 do CC). Esclareça-se que apesar de a norma mencionar a validade – assim como os dois comandos seguintes –, o pagamento é resolvido no plano da eficácia. Nessa linha, enunciado aprovado na *V Jornada de Direito Civil*, com o seguinte sentido: "O pagamento repercute no plano da eficácia, e não no plano da validade como preveem os artigos 308, 309 e 310 do Código Civil" (Enunciado n. 425).

O pagamento também poderá ser feito aos sucessores do credor, como no caso do herdeiro e do legatário, que podem ser reputados como representantes.

Segundo enuncia o art. 309 do CC, válido será o pagamento ao *credor putativo* (aquele que aparentemente tem poderes para receber) desde que haja boa-fé do devedor. Eis aqui uma das principais aplicações da *teoria da aparência*, que procura valorizar a verdade real, em detrimento da verdade formal. Para ilustrar, imagine-se um caso em que um locatário efetua o seu pagamento na imobiliária *X*, há certo tempo. Mas o locador rompe o contrato de representação com essa imobiliária e contrata a imobiliária *Y*. O locatário não é avisado e continua fazendo os pagamentos na imobiliária anterior, sendo notificado da troca seis meses após. Logicamente, os pagamentos desses seis meses devem ser reputados válidos, não se aplicando a regra pela qual *quem paga mal, paga duas vezes*. Dessa forma, cabe ao locador acionar a imobiliária *X* e não o locatário.

De interessante julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo também pode ser retirado outro exemplo de aplicação do conceito de credor putativo, envolvendo pagamento realizado em estabelecimento do credor, pela aparência que se revelava:

> "Compra e venda. Bem móvel. Existência de instituição financeira no interior do estabelecimento comercial. Negócio concretizado mediante pagamento em parcelas feito diretamente à loja comercial conforme os recibos juntados aos autos. Validade. Dívida devidamente quitada, mesmo porque, nos termos da Lei, o pagamento feito de boa-fé ao credor putativo é válido, ainda provado depois que não era credor. Art. 309 do Novo Código Civil. Ausência, ademais, de prova hábil do

contrato autônomo de financiamento da dívida. Declaratória de inexigibilidade de título de crédito procedente. Recurso desprovido" (TJSP, Apelação 1.247.830/3, Paraguaçu Paulista, 11.ª Câmara de Direito Privado, 12.06.2006, Rel. Des. Gilberto Pinto dos Santos, v.u., V. 7.662).

Seguindo nos exemplos, podem ser colacionados dois arestos do Superior Tribunal de Justiça, que igualmente servem como interessantes concretizações do art. 309 da atual lei geral privada e da teoria da aparência que fundamenta o comando:

"Agravo regimental. Agravo de instrumento. Obrigação securitária. Acordo. Pagamento ao falido. Credor putativo. Artigo 309, do CC. Provimento. 1. No caso em apreço, a recorrente foi condenada ao pagamento de seguro e entabulou acordo com a credora, cuja falência fora decretada anteriormente, sem que tivesse conhecimento do fato nem se consignando eventual má-fé no acórdão recorrido. 2. Inexistindo, pois, prova da má-fé e elemento que pudesse cientificar o devedor que o representante da credora não mais detinha poderes de administração, é de se reputar válido o pagamento feito a credor putativo. Inteligência do artigo 309, do Código Civil. 3. Agravo regimental provido" (STJ, AgRg no Ag. 1.225.463/SP, Rel.ª Min.ª Maria Isabel Gallotti, 4.ª Turma, j. 11.12.2012, *DJe* 19.12.2012).

"Direito Civil e Processual Civil. Obrigação de fazer. Pedido de outorga de escritura definitiva de compra e venda. Deferimento de outorga de escritura de cessão de direitos hereditários. Julgamento *extra petita*. Não ocorrência. Bem transacionado objeto de inventário. Pagamento ao credor putativo. Eficácia. Sucumbência recíproca. Falta de prequestionamento. 1. Não há vício na sentença que determina a outorga de cessão de direitos hereditários e não a de escritura definitiva de compra e venda, conforme pedido na inicial se, sendo válido o negócio realizado pelas partes, até o proferimento da decisão não houver se encerrado o inventário, por ser a cessão um *minus* em relação ao pedido da autora. 2. Considera-se eficaz o pagamento realizado àquele que se apresenta com aparência consistente de ser mandatário do credor se as circunstância do caso assim indicarem. A atuação da corretora e do recorrente indicaram à recorrida, compradora do bem, que aquela tinha legitimidade para as tratativas e fechamento do negócio de compra e venda. 3. O prequestionamento, entendido como a necessidade de o tema objeto do recurso haver sido examinado pela decisão atacada, constitui exigência inafastável da própria previsão constitucional, ao tratar do recurso especial, impondo-se como um dos principais requisitos ao seu conhecimento. Não examinada a matéria objeto do especial pela instância *a quo*, incidem os enunciados 282 e 356 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. 4. Recurso Especial improvido" (STJ, REsp 823.724/RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3.ª Turma, j. 18.05.2010, *DJe* 07.06.2010).

No que interessa à antiga regra *quem paga mal, paga duas vezes*, está implícita no art. 310 do Código em vigor. Por tal comando legal, não vale o pagamento cientemente feito ao credor incapaz de dar quitação, se o devedor não provar a reversão do valor pago em seu benefício. Essa incapacidade deve ser tida em sentido genérico, significando falta de autorização, ou mesmo incapacidade absoluta ou relativa daquele que recebeu (arts. 3.º e 4.º do CC). Em casos tais, o pagamento deverá ocorrer novamente.

Mas isso não obsta que aquele que pagou ingresse com ação de repetição de indébito (*actio in rem verso*) contra aquele que recebeu, aplicação direta das regras relacionadas com o pagamento indevido e com a vedação do enriquecimento sem causa.

No entanto, vale lembrar a parte final do dispositivo (art. 310 do CC), pelo qual se ficar provado que o pagamento foi revertido a favor do credor, haverá exoneração daquele que pagou. O

dispositivo valoriza, mais uma vez, a busca da verdade real (*teoria da aparência*), em sintonia com a vedação do enriquecimento sem causa, com a eticidade e a socialidade.

Determina o art. 311 do CC/2002 que deve ser considerado como autorizado a receber o pagamento aquele que está munido do documento representativo da quitação (o recibo), salvo se as circunstâncias afastarem a presunção relativa desse *mandato tácito*. Exemplificando, se de imediato perceber o devedor que no recibo consta uma assinatura do credor aparentemente falsificada, poderá negar-se a fazer o pagamento. O dispositivo deve ser complementado pelo art. 113 do CC, segundo o qual os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé objetiva e os usos e os costumes do seu lugar de celebração. Em suma, caberá análise caso a caso, de acordo com as circunstâncias fáticas que envolvem o pagamento.

A encerrar o presente tópico, preconiza o art. 312 do CC que, se o devedor pagar ao credor, apesar de intimado da penhora feita sobre o crédito ou da sua impugnação oposta por terceiro, não deverá ser tido como válido o pagamento em relação a este terceiro. O terceiro, na verdade, poderá constranger o devedor a pagar novamente (*quem paga mal, paga duas vezes*), ressalvado o direito de regresso do devedor em face do credor. A ilustrar, se no caso descrito o devedor for citado em interpelação judicial, em que terceiro reivindica o crédito, não poderá pagar ao suposto credor. Se assim o faz, deverá pagar ao terceiro novamente, se este for o verdadeiro legitimado a receber, cabendo ingressar com ação de repetição de indébito (*actio in rem verso*) contra aquele que recebeu o indevido.

3.6.2.2 Do objeto e da prova do pagamento direto (elementos objetivos do pagamento direto). O que se paga e como se paga

Pela interpretação do art. 313 do CC pode-se afirmar que o objeto do pagamento é a *prestação*, podendo o credor se negar a receber o que não foi pactuado, mesmo sendo a coisa mais valiosa. Essa regra reforça a individualização da prestação na obrigação de dar coisa certa, como outrora exposto. Concretizando, se a obrigação do devedor é de entrega de um lote imobiliário, não pode o credor ser obrigado a receber outro, ainda que seja mais valioso (TJSP, Apelação com Revisão 415.544.4/8, Acórdão 4127884, Mogi-Mirim, 6.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Sebastião Carlos Garcia, j. 15.10.2009, *DJESP* 24.11.2009).

Em complemento à última norma, determina o artigo seguinte que, mesmo sendo a obrigação divisível, não pode ser o credor obrigado a receber, nem o devedor a pagar em partes, salvo previsão expressa em contrato (art. 314 do CC). Trata-se da consagração do *princípio da identidade física da prestação*.

Anote-se que, como exceção à premissa, o Código de Processo Civil passou a consagrar uma *moratória legal* no seu art. 745-A, introduzido pela Lei 11.382/2006.[29] De acordo com esse

comando, no prazo para embargos, reconhecendo o crédito do exequente e comprovando o depósito de trinta por cento do valor em execução, inclusive custas e honorários de advogado, poderá o executado requerer seja admitido a pagar o restante em até seis parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e juros de 1% (um por cento) ao mês. Sendo a proposta deferida pelo juiz, o exequente levantará a quantia depositada e serão suspensos os atos executivos. Caso seja indeferida a proposta, seguir-se-ão os atos executivos, mantido o depósito de garantia. Como se pode notar, há uma imposição pela lei de recebimento parcelado da dívida, o que quebra a premissa que consta do art. 314 do Código Civil.

De acordo com o art. 315 da codificação privada, as dívidas em dinheiro (obrigações pecuniárias) devem ser pagas em moeda nacional corrente e pelo valor nominal (*princípio do nominalismo*). Eis aqui a regra geral para os pagamentos em pecúnia, em dinheiro. O dispositivo trata da *dívida em dinheiro*. Há, ainda, "a dívida de valor, aquela que, embora paga em dinheiro, procura atender ao verdadeiro valor do objeto da prestação, incorporando as variações que possa sofrer para mais ou para menos".[30] Para se evitar os efeitos da inflação, foi prática muito comum empregada pelos credores a aplicação de índices de correção monetária que podiam ser aplicados sem limite temporal. Dessa forma, confirmando a legislação anterior, enuncia o art. 316 do atual CC que é lícito convencionar o aumento progressivo de prestações sucessivas, a que se dá o nome de *cláusula de escala móvel ou cláusula de escolamento*. Eis um primeiro exemplo da existência de *dívida de valor*.

Esse comando, contudo, refere-se somente à correção monetária da obrigação. É forçoso concluir que não houve qualquer revogação do Decreto 22.626/1933, a Lei de Usura, que continua em vigor, eis que o Código Civil de 2002 consagra os princípios da função social da obrigação, da boa-fé objetiva e a vedação do enriquecimento sem causa. Dessa forma, continua sendo proibida a cobrança de juros abusivos (superiores ao dobro da taxa legal), bem como o anatocismo (juros sobre juros).

Isso, em sintonia com o art. 2.º da Lei 10.192/2001, pelo qual "é admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano". Por outro lado, conforme o § 1.º desse dispositivo, "É nula de pleno direito qualquer estipulação de reajuste ou correção monetária de periodicidade inferior a um ano".

Como outra exceção à regra do nominalismo, determina o art. 317 do CC que, "quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação". O dispositivo traz como conteúdo *a revisão contratual por fato superveniente, diante de uma imprevisibilidade somada a uma onerosidade excessiva*. Na doutrina, várias são as manifestações no sentido de que o dispositivo consagra a *teoria da imprevisão*.[31]

Estamos filiados a essa corrente, uma vez que predomina a análise do fato imprevisível a possibilitar a revisão por fato superveniente.

Entretanto, recomenda-se que não seja mais utilizada a expressão *teoria*, pois a revisão consta de forma expressa na atual norma civil codificada. Por isso é que preferimos a expressão *revisão contratual por fato superveniente, diante de uma imprevisibilidade somada a uma onerosidade excessiva*. O tema está aprofundado no Capítulo 5 deste livro, que trata da teoria geral dos contratos.

Nos termos do art. 318 do CC, são nulas as convenções de pagamento em ouro (*cláusula-ouro*) ou em moeda estrangeira (*obrigação valutária*), bem como para compensar a diferença entre o valor desta e o da moeda nacional, excetuados os casos previstos na legislação especial. Trata-se de mais uma exceção ao *princípio do nominalismo*, previsto no art. 315 do CC. Em complemento, determina o art. 1.º da Lei 10.192/2001 que "as estipulações de pagamento de obrigações pecuniárias exequíveis no território nacional deverão ser feitas em Real, pelo seu valor nominal". Pelo parágrafo único do mesmo dispositivo, "são vedadas, sob pena de nulidade, quaisquer estipulações de: I – pagamento expressas em, ou vinculadas a ouro ou moeda estrangeira, ressalvado o disposto nos arts. 2.º e 3.º do Decreto-lei 857, de 11 de setembro de 1969, e na parte final do art. 6.º da Lei 8.880, de 27 de maio de 1994; II – reajuste ou correção monetária expressas em, ou vinculadas a unidade monetária de conta de qualquer natureza". Ainda para completar, pelo art. 1.º do Decreto-lei 857/1969, "são nulos de pleno direito os contratos, títulos e quaisquer documentos, bem como as obrigações que, exequíveis no Brasil, estipulem pagamento em ouro, em moeda estrangeira, ou, por alguma forma, restrinjam ou recusem, nos seus efeitos, o curso legal do cruzeiro", hoje do Real. Nos termos do art. 2.º do mesmo diploma, não se aplicam essas disposições proibitivas, nos seguintes casos:

- aos contratos e títulos referentes à importação ou exportação de mercadorias;
- aos contratos de financiamento ou de prestação de garantias relativos às operações de exportação de bens de produção nacior vendidos a crédito para o exterior;
- aos contratos de compra e venda de câmbio em geral;
- aos empréstimos e quaisquer outras obrigações cujo credor ou devedor seja pessoa residente e domiciliada no exterior, excetuados os contratos de locação de imóveis situados no território nacional;
- aos contratos que tenham por objeto a cessão, transferência, delegação, assunção ou modificação das obrigações referidas no item anterior, ainda que ambas as partes contratantes sejam pessoas residentes ou domiciliadas no país.

Ainda com relevo para a matéria, preconiza o art. 6.º da Lei 8.880/1994 a nulidade absoluta de contratação de reajuste vinculado à variação cambial, exceto quando expressamente autorizado por lei federal e nos contratos de arrendamento mercantil celebrados entre pessoas residentes e domiciliadas no País, com base em captação de recursos provenientes do exterior. O dispositivo trata do *leasing* (arrendamento mercantil), que teve valor atrelado à variação cambial em realidade

recente de nosso País. Todavia essa prática foi malsucedida, pois em janeiro de 1999 houve forte desvalorização do real perante o dólar, o que motivou um *enxame* de ações judiciais para a revisão dos contratos e das obrigações, o que vem sendo deferido pelo Superior Tribunal de Justiça, em última instância (nesse sentido, a título de exemplo, ver: STJ, REsp 579.096/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 14.12.2004, *DJ* 21.02.2005, p. 173). O tema também será aprofundado no Capítulo 5 deste livro.

Deve ficar claro que todos esses dispositivos especiais complementam a regra do art. 318 do CC, continuando em vigor diante do critério da *especialidade* que, como se sabe, é mais forte do que o *cronológico*, quando se estuda as antinomias jurídicas.

Encerrada a análise do objeto do pagamento, vejamos os preceitos relativos à prova de pagamento. De início, o devedor que paga tem direito à quitação, fornecida pelo credor e consubstanciada em um documento conhecido como *recibo*. A quitação constitui prova efetiva de pagamento, sendo o documento pelo qual o credor reconhece que recebeu o pagamento, exonerando o devedor da relação obrigacional. Trata-se, portanto, do meio de efetivação da prova do pagamento.

Nesse sentido, o devedor que paga tem direito à *quitação regular*, e pode reter o pagamento enquanto não lhe seja dada (art. 319 do CC). É interessante transcrever o entendimento do Enunciado n. 18, aprovado pela *I Jornada de Direito Civil*, promovida pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, aplicável à quitação regular e aos contratos eletrônicos, permitindo a quitação por *e-mail*. É a sua redação: “A ‘quitação regular’, referida no art. 319 do novo Código Civil, engloba a quitação dada por meios eletrônicos ou por quaisquer formas de ‘comunicação à distância’, assim entendida aquela que permite ajustar negócios jurídicos e praticar atos jurídicos sem a presença corpórea simultânea das partes ou dos seus representantes”.

Deve ter a quitação os elementos previstos no art. 320 da codificação privada, a saber:

→ valor expresso da obrigação;

→ especificidade da dívida quitada;

→ identificação do devedor ou de quem paga no seu lugar;

→ tempo e lugar de pagamento;

→ assinatura do credor ou o seu representante, dando quitação total ou parcial.

O mesmo dispositivo recomenda a elaboração de um instrumento particular, para uma maior segurança jurídica, o que, contudo, não é obrigatório, como se pode perceber pela própria redação do art. 320 que utiliza o termo “poderá”. Ademais, todos esses requisitos da quitação não são obrigatórios, consagrando esse comando legal o *princípio da liberdade das formas*, que segue o princípio da atual codificação privada, que é de simplicidade dos atos e negócios jurídicos (art. 107

do CC). O princípio é reforçado pelo parágrafo único do art. 320 do CC, pelo qual, ainda que não estejam presentes tais requisitos, valerá a quitação, se de seus termos e circunstâncias a dívida tiver sido paga.

Para tanto, deve o aplicador do Direito analisar se o pagamento realmente foi realizado de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Para tanto, deve o aplicador do Direito analisar se o pagamento realmente foi realizado de acordo com as circunstâncias do caso concreto. A ilustrar a subsunção dessas premissas e regras, precisa decisão da 3.ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal considerou que "o parágrafo único do art. 320 do Código Civil estabelece que valerá a quitação se de seus termos ou das circunstâncias resultar haver sido paga a dívida. Na hipótese, a despeito de o comprovante do pagamento apresentar número do código de barras diverso do indicado na fatura do cartão de crédito, considera-se quitado o débito se, no ofício encaminhado ao juízo *a quo*, a instituição bancária onde foi realizado o pagamento declara que o respectivo valor foi creditado à administradora do cartão" (TJDF, Apelação Cível do Juizado Especial 20111010056592, j. 08.04.2014).

Ainda tratando da prova do pagamento, dispõe o art. 321 do CC que nos débitos cuja quitação consista na devolução do título, uma vez perdido este, poderá o devedor exigir, retendo o pagamento, uma declaração do credor que inutilize o título desaparecido. Essa previsão tem por objetivo proteger futuramente o devedor para que o título não seja cobrado novamente.

Superados esses pontos, existem algumas regras do Código Civil a respeito da presunção do pagamento. Todas as presunções são relativas (*iuris tantum*), admitindo prova em contrário. Também admitem previsão em contrário pelas partes, geralmente constante do próprio recibo:

→ Quando a obrigação for de trato sucessivo, ou seja, com o pagamento por meio de quotas periódicas, a quitação da última estabelece, até prova em contrário, a presunção de estarem solvidas as anteriores (art. 322 do CC). Ilustrando, *A*, locatário, está devendo seis meses de aluguel (janeiro, fevereiro, março, abril, maio e junho). Visando à extinção da dívida, o mesmo vai até a imobiliária *B* que tem poderes para receber. Essa oferece um recibo do mês de junho. Nessa situação, haverá presunção relativa de que os meses anteriores foram pagos. Na prática, deverá o locador provar que não recebeu, quando a regra é o locatário provar que pagou, invertendo-se o ônus da prova. Obviamente, repise-se que o recibo pode afastar tal regra.

→ Nos termos do art. 323 do CC, sendo a quitação do capital sem a reserva dos juros, estes se presumem pagos. Como se sabe, os juros são bens acessórios (frutos civis ou rendimentos, devidos pela utilização de capital alheio), aplicando-se a regra de que o acessório segue o principal (*princípio da gravitação jurídica*).

→ A entrega do título ao devedor firma a presunção relativa do pagamento. Mas ficará sem efeito a quitação operada pela entrega do título, se o credor provar, em sessenta dias, a falta do pagamento (art. 324 do CC). Surge uma dúvida em relação à previsão desse dispositivo, se confrontada com o art. 386 do mesmo Código, que trata da remissão de dívidas ou perdão, e que tem a seguinte redação: "A devolução voluntária do título da obrigação, quando por escrito particular, prova desoneração do devedor e seus coobrigados, se o credor for capaz de alienar, e o devedor capaz de adquirir". A dúvida surge, pois os dois dispositivos tratam da entrega de títulos. Como resolver a questão? Haveria, em casos tais, pagamento direto ou remissão de dívidas? Entendemos ser melhor compreender tal confrontação no sentido de que o art. 324 do CC trata de entrega de título de crédito (presunção de pagamento); enquanto que o art. 386 está relacionado à entrega de

instrumento particular que representa a dívida (remissão).

→ Por regra, presumem-se a cargo do devedor as despesas com o pagamento e a quitação. Eventualmente, se ocorrer aumento dessas despesas por fato imputável ao credor, suportará este a despesa acrescida, o que visa à manutenção do *sinalagma*, o ponto de equilíbrio na relação obrigacional (art. 325 do CC). Mas se o acréscimo for imputado ao devedor ou a seu preposto, deverá o primeiro arcar com tais despesas.

→ Se houver o pagamento por medida ou peso, deve-se entender, no silêncio das partes, que aceitaram os critérios do lugar da execução da obrigação (art. 326 do CC). Esse comando legal consagra a aplicação dos costumes locais ao pagamento direto, trazendo uma visualização social da obrigação, complementando o art. 113 do CC. Exemplificando e em regra, deve-se levar em conta o alqueire do local em que a obrigação deve ser executada, ou seja, de onde estiver situado o imóvel rural. Anote-se que, no Estado de São Paulo, um alqueire equivale a 24.200 m^2, em Minas Gerais, a 48.400 m^2 e, no norte do Brasil, a 27.225 m^2. O alqueire, contudo, não é o índice oficial de metragem, mas o hectare (ha).

3.6.2.3 *Do lugar do pagamento direto. Onde se paga*

Como regra geral, os instrumentos obrigacionais estipularão o domicílio onde as obrigações deverão ser cumpridas, determinando também, de forma implícita, a competência do juízo onde a ação será proposta, em caso de inadimplemento da obrigação. Em relação ao lugar de pagamento, a obrigação pode ser assim classificada:

a) *Obrigação quesível* ou *quérable* – situação em que o pagamento deverá ocorrer no domicílio do devedor. De acordo com a lei, há uma presunção relativa de que o pagamento é quesível, uma vez que o sujeito passivo deve ser procurado pelo credor em seu domicílio para efetuar o pagamento, salvo se o instrumento negocial, a natureza da obrigação ou a lei impuserem regra em contrário (art. 327, *caput*, do CC). Assim, "a Lei adjetiva civil, em seu artigo 327, encerra uma presunção (legal). Não havendo contratação específica quanto ao local do cumprimento da obrigação, esta será considerada quesível, ou seja, o credor, quando do vencimento, deve dirigir-se até o domicílio do devedor para receber o pagamento que lhe é devido. A própria natureza da obrigação *sub judice* não autoriza o reconhecimento de que o local de seu cumprimento seria o domicílio do credor" (STJ, REsp 1.101.524/AM, 3.ª Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 12.04.2011, *DJe* 27.04.2011).

b) *Obrigação portável* ou *portable* – é a situação em que se estipula, por força do instrumento negocial ou pela natureza da obrigação, que o local do cumprimento da obrigação será o domicílio do credor. Eventualmente, também recebe essa denominação a obrigação cujo pagamento deva ocorrer no domicílio de terceiro. Em casos tais, o sujeito passivo obrigacional deve levar e oferecer o pagamento a esses locais.

Designados dois ou mais lugares, caberá ao credor escolher entre eles (art. 327, parágrafo único, do CC). Por uma questão prática que lhe é mais favorável, é muito comum o credor escolher o próprio domicílio para o pagamento. Percebe-se que se trata de uma das poucas vezes em que a escolha cabe ao credor, e não ao devedor, na teoria geral das obrigações.

Por outro lado, se o pagamento consistir na tradição de um imóvel, ou em prestações a ele relativas, far-se-á no lugar onde situado o bem (art. 328 do CC). Paulo Luiz Netto Lôbo esclarece o

teor do dispositivo exemplificando da seguinte forma:

> "Entende-se que a referência do art. 328 do Código Civil a 'prestações relativas a imóveis' só não atinentes a direitos reais limitados (*e.g.*: direito do promitente do comprador, hipoteca e penhor) ou a direito pessoal de uso do imóvel (*e.g.*: locação). O locador tem de entregar o prédio no lugar em que este é situado; o locatário tem de recebê-lo onde está situado. Os aluguéis prestam-se no lugar de situação do imóvel, e não no lugar do domicílio do devedor, que pode não ser o do imóvel".[32]

Pois bem, essas são as regras básicas aplicáveis ao lugar de pagamento. Mas o Código Civil de 2002 traz duas inovações importantes, relativizando tais premissas e o que constar no instrumento obrigacional.

Inicialmente, prevê o seu art. 329 que, "ocorrendo motivo grave para que se não efetue o pagamento no lugar determinado, poderá o devedor fazê-lo em outro, sem prejuízo para o credor". A regra tem grande aplicação prática, mantendo relação direta com o princípio da função social dos contratos, pois mitiga a força obrigatória da convenção, o *pacta sunt servanda* (*eficácia interna da função social*). A expressão "motivo grave" é aberta, devendo ser preenchida pelo juiz, caso a caso. Podem ser citadas como razões para aplicação do dispositivo: greve no transporte público, calamidade pública, enchente, ataque terrorista ou de grupos armados, doença do devedor ou de pessoa de sua família, falta de energia elétrica, entre outros. Desde que não haja prejuízo para o credor, o pagamento pode ser efetuado em outro local.

Ato contínuo, o art. 330 do CC em vigor expressa que "o pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato". Aqui a relação é com o princípio da boa-fé objetiva, com a eticidade. Quando se estuda a boa-fé objetiva, surgem conceitos inovadores, relacionados com a integração do contrato e da obrigação (*conceitos parcelares*). Dois desses conceitos são a *supressio* e a *surrectio*, que estão previstos nesse art. 330 do CC, expostos por António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, jurista da Universidade Clássica de Lisboa.[33]

Inicialmente, quanto à *supressio* (*Verwirkung*), esta significa a supressão, por renúncia tácita, de um direito ou de uma posição jurídica, pelo seu não exercício com o passar dos tempos. Nos termos do art. 330 do CC, caso tenha sido previsto no instrumento obrigacional o benefício da obrigação portável (cujo pagamento deve ser efetuado no domicílio do credor) e havendo o costume do credor receber no domicílio do devedor, a obrigação passará a ser considerada quesível, aquela cujo pagamento deve ocorrer no domicílio do sujeito passivo da relação obrigacional.

Em suma, ao mesmo tempo em que o credor perde um direito por essa supressão, surge um direito a favor do devedor, por meio da *surrectio* (*Erwirkung*), ou surreição (surgimento), direito este que não existia juridicamente até então, mas que decorre da efetividade social, de acordo com os costumes.

3.6.2.4 *Do tempo do pagamento. Quando se paga*

O vencimento é o momento em que a obrigação deve ser satisfeita, cabendo ao credor a faculdade de cobrá-la. Esse vencimento, tempo ou data de pagamento, pode ser fixado pelas partes por força do instrumento negocial. Como se sabe, o credor não pode exigir o adimplemento antes do vencimento; muito menos o devedor pagar, após a data prevista, sob pena de caracterização da mora ou do inadimplemento absoluto, fazendo surgir a responsabilidade contratual do sujeito passivo obrigacional (*Haftung*).

Pois bem, a obrigação, sob o prisma do tempo do pagamento, pode ser assim visualizada:

a) *Obrigação instantânea com cumprimento imediato* – é aquela cumprida imediatamente após a sua constituição. Se a regra estiver relacionada com o pagamento, será ele à vista, salvo previsão em contrário no instrumento obrigacional (art. 331 do CC).

b) *Obrigação de execução diferida* – é aquela cujo cumprimento deverá ocorrer de uma vez só, no futuro. Exemplo típico é a situação em que se pactua o pagamento com cheque pós-datado ou pré-datado. Repise-se que para a jurisprudência nacional o depósito antecipado do cheque pós-datado pode caracterizar dano moral (Súmula 370 do STJ).

c) *Obrigação de execução continuada ou trato sucessivo* – muito comum na atualidade pela ausência de crédito imediato, sendo aquela cujo cumprimento se dá por meio de subvenções periódicas. Como exemplos, podem ser citados os financiamentos em geral e o contrato de locação imobiliária.

As obrigações acima não se confundem com as obrigações condicionais, cuja eficácia depende de evento futuro e incerto. Estas últimas são cumpridas na data do implemento ou ocorrência da condição (implemento), cabendo ao credor a prova de que deste teve ciência o devedor (art. 332 do CC). Como exemplo, cite-se a doação a nascituro, que fica condicionada ao seu nascimento com vida (art. 542 do CC).

Por fim, consagra o art. 333 um rol de situações em que haverá o vencimento antecipado da dívida, antes de vencido o prazo estipulado pela lei ou pela vontade das partes, a saber:

I) No caso de falência do devedor, ou de concurso de credores, inclusive conforme o art. 77 da Lei 11.101/2005 – Nova Lei de Falências.

II) Se os bens, hipotecados ou empenhados (oferecidos em penhor), forem penhorados em execução movida por outro credor.

III) Se cessarem, ou se tornarem insuficientes, as garantias do débito, fidejussórias, ou reais, e o devedor, intimado, se negar a reforçá-las.

Nessas situações, se houver, no débito, solidariedade passiva este não se reputará vencido quanto aos outros devedores solventes (art. 333, parágrafo único, do CC). Além dessas situações, o vencimento antecipado também pode ocorrer, para as obrigações em geral, por convenção entre as partes, nos casos envolvendo inadimplemento. A conclusão é de que o rol do vencimento antecipado

é exemplificativo (*numerus apertus*) e não taxativo (*numerus clausus*). Filosoficamente, é de se lembrar que o CC/2002 adotou um sistema aberto, fundado em cláusulas gerais, conforme a realidade tridimensional de Miguel Reale (*Direito é fato, valor e norma*).

A título de exemplo, é válido e comum às partes convencionarem em instrumento particular de confissão de dívida que o não pagamento de uma ou algumas das parcelas gera o vencimento antecipado de toda a dívida, com a incidência de correção monetária, juros e multa, e sem prejuízo de eventuais perdas e danos decorrentes do descumprimento da obrigação.

3.6.3 Das regras especiais de pagamento e das formas de pagamento indireto

3.6.3.1 *Do pagamento em consignação (ou da consignação em pagamento)*

O pagamento em consignação, regra especial de pagamento, pode ser conceituado como o depósito feito pelo devedor, da coisa devida, para liberar-se de uma obrigação assumida em face de um credor determinado. Tal depósito pode ocorrer, conforme estabelece o art. 334 do CC, na esfera judicial ou extrajudicial (em estabelecimento bancário oficial, conforme já constava no art. 890 do CPC). Desse modo, na esteira da melhor doutrina, o pagamento em consignação pode ser definido como "o meio indireto de o devedor, em caso de mora do credor, exonerar-se do liame obrigacional, consistente no depósito judicial (*consignação judicial*) ou em estabelecimento bancário (*consignação extrajudicial*), da coisa devida, nos casos e formas da lei".[34]

A consignação, pela letra da lei, pode ter como objeto bens móveis e imóveis, estando relacionada com uma obrigação de dar. Havendo consignação de dinheiro, pode o devedor optar pelo depósito extrajudicial ou pelo ajuizamento da competente ação de consignação em pagamento. Por isso, denota-se que essa regra de pagamento tem *natureza mista ou híbrida*, ou seja, é instituto de direito civil e processual civil ao mesmo tempo (direito material + instrumental). O Código Civil utiliza a expressão *pagamento em consignação*, enquanto o Código de Processo Civil, o termo *consignação em pagamento*. A consignação, por uma questão lógica, não pode ser relacionada com obrigação de fazer ou de não fazer.

A consignação libera o devedor do vínculo obrigacional, isentando-o dos riscos e de eventual obrigação de pagar os juros moratórios e a cláusula penal (ou multa contratual). Em suma, esse depósito afasta a eventual aplicação das regras do inadimplemento, seja ele absoluto ou relativo.

O art. 335 do CC/2002 traz um rol de situações em que a consignação poderá ocorrer:

- Se o credor não puder, ou, sem justa causa, recusar a receber o pagamento, ou dar quitação na devida forma (hipótese de *mora accipiendi*, mora no recebimento – causa subjetiva, pessoal).

- Se o credor não for, nem mandar receber a coisa no lugar, tempo e condições devidas (hipótese de *mora accipiendi* – causa subjetiva).
- Se o credor for incapaz de receber, for desconhecido, for declarado ausente, ou residir em lugar incerto ou de acesso perigoso ou difícil (outra causa subjetiva, relacionada com o sujeito ativo da obrigação).
- Se ocorrer dúvida sobre quem deva legitimamente receber o objeto do pagamento (também causa subjetiva, denominada *dúvida subjetiva ativa*, uma vez que o devedor não sabe a quem pagar).
- Se pender litígio sobre o objeto do pagamento (única causa objetiva para a consignação).

Na opinião deste autor, como o Código Civil de 2002 adotou um sistema aberto, o rol descrito é exemplificativo (*numerus apertus*), sendo admitidas outras situações de pagamento em consignação. Cite-se, por exemplo, o caso de consignação para a revisão do conteúdo do contrato, hipótese não descrita nominalmente no art. 335 da codificação privada (nesse sentido, ver: TJSP, Agravo de Instrumento 7281754-2, Acórdão 3300739, São Paulo, 20.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Álvaro Torres Junior, j. 13.10.2008, *DJESP* 03.11.2008).

Relativamente ao depósito em dinheiro, algumas regras devem ser observadas. Para que a consignação em pagamento seja válida e eficaz, com força de adimplemento, o devedor terá que observar todos os requisitos do pagamento direto, inclusive quanto ao tempo e lugar (art. 336 do CC). Como regra geral, o depósito deverá ocorrer no local acertado para o pagamento, que constar do instrumento obrigacional (arts. 337 do CC e 891 do CPC), afastando a incidência de juros moratórios e os riscos da dívida.

Poderá o devedor levantar o depósito enquanto o credor não informar que aceita a consignação ou não a impugnar, subsistindo integralmente a dívida, que continua intocável (art. 338 do CC).

De acordo com o art. 896 do CPC, na contestação da ação de consignação, o réu (credor) poderá alegar que:

– não houve recusa ou mora em receber a quantia ou coisa devida; – foi justa a recusa;
– o depósito não se efetuou no prazo ou no lugar do pagamento;
– o depósito não fora integral. Nesse último caso, a alegação será admissível se o réu (credor) indicar o montante que entenda se devido.

Não oferecida a contestação e decorrendo os efeitos da revelia, o juiz julgará procedente o pedido, declarando extinta a obrigação (art. 897 do CPC). Julgado procedente o depósito, não poderá mais o devedor levantá-lo. Em casos tais, as despesas com os depósitos (custas, honorários advocatícios e demais despesas processuais) correrão por conta do credor que motivou o ingresso da ação. Segundo o art. 339 do CC/2002, o levantamento da quantia consignada, nessas circunstâncias, somente é possível se os demais devedores e fiadores concordarem.

De acordo com o art. 340 do CC, “o credor que, depois de contestar a lide ou aceitar o

depósito, aquiescer no levantamento, perderá a preferência e a garantia que lhe competiam com respeito à coisa consignada, ficando para logo desobrigados os codevedores e fiadores que não tenham anuído". Esse comando legal trata da renúncia do credor ao depósito, que repercute também para os demais devedores solidários e fiadores.

Sob outro prisma, caso a coisa devida seja um imóvel ou uma coisa com corpo certo que deva ser entregue no mesmo lugar onde está, poderá o devedor citar o credor para vir ou mandar recebê-la, sob pena de ser depositada (art. 341 do CC). Isso, para os casos de boa-fé do devedor, que pretenda exonerar-se totalmente do dever de entregar a coisa.

Por outro lado, enuncia o art. 342 da codificação privada que, havendo obrigação de dar coisa incerta, cabendo a escolha da coisa indeterminada ao credor, será ele citado para esse fim, sob pena de perder o direito e de ser depositada aquela que o devedor escolher. Feita a escolha pelo devedor, proceder-se-á conforme o art. 341, ou seja, será citado o credor para receber a coisa consignada.

Diante da lógica do razoável, as despesas com o depósito judicial (custas judiciais, honorários advocatícios e demais despesas processuais), quando julgado procedente, correrão à conta do credor, que será o réu da ação de consignação. Em caso contrário, sendo o pedido julgado improcedente, as despesas correrão à conta do devedor, autor da ação. Essa é a regra do art. 343 do CC e do art. 897 do CPC.

O devedor de obrigação litigiosa exonerar-se-á mediante consignação, mas, se pagar a qualquer dos pretendidos credores tendo conhecimento do litígio, assumirá o risco do pagamento (art. 344 do CC). O risco somente existe havendo tal conhecimento diante da corriqueira valorização da boa-fé.

Ainda quanto à consignação judicial, se a dívida vencer, pendendo litígio entre os credores que pretendam mutuamente se excluir, poderá qualquer deles requerer a consignação (art. 345 do CC). Trata-se de única hipótese em que o credor, e não o devedor, pode tomar a iniciativa da consignação.

No que concerne às prestações em dinheiro que forem vencendo no curso do processo, estas deverão ser depositadas pelo devedor, sob pena de improcedência da ação, interpretação que decorre do disposto no art. 892 do CPC. A falta de depósitos oportunos das prestações subsequentes não afeta os depósitos feitos em tempo.

Basicamente, duas são as ações de consignação previstas no direito brasileiro: a consignação em pagamento – com regras elencadas entre os arts. 890 a 900 do CPC – e a consignação de aluguéis e encargos da locação – conforme os arts. 58 e 67 da Lei 8.245/1991 (Lei de Locação).

Como se pode notar, muitas das regras previstas no atual Código Civil têm natureza processual, sendo aplicadas à consignação judicial, o que denota a natureza mista do instituto.

Por outro lado, por incrível que pareça, a consignação extrajudicial, em estabelecimento bancário, está regulamentada pelo art. 890 do CPC, havendo apenas menção no estatuto civil.

Pelo art. 890, § 1.º, do CPC, o pagamento de obrigação pecuniá-ria poderá ser efetuado pelo devedor ou por terceiro, em instituição bancária oficial do lugar do pagamento, em conta com correção monetária, cientificando-se o credor por carta com aviso de recebimento e fixando-se prazo de 10 dias para que este levante a quantia ou manifeste a sua recusa.

Decorrido tal prazo de 10 dias, sem a manifestação ou recusa, o devedor estará liberado da obrigação, ficando à disposição do credor a quantia depositada (art. 890, § 2.º, do CPC). Ocorrendo a recusa, manifestada por escrito e enviada ao estabelecimento bancário, o devedor ou seu representante poderá propor, dentro do prazo de 30 dias da recusa, a competente ação de consignação, instruindo a petição inicial com a prova do depósito e da recusa (art. 890, § 3.º, do CPC).

Caso a ação de consignação não seja proposta no prazo legal, ficará sem efeito o depósito bancário, podendo o devedor levantá-lo (art. 890, § 4.º, CPC).

No tocante às últimas regras, que tratam da *conversão da consignação extrajudicial em consignação judicial*, cabe ao depositante provar à instituição bancária que ingressou com a demanda (STJ, RMS 28.841/SP, Rel. Sidnei Beneti, j. 12.06.2012, publicado no *Informativo* n. *499*). Isso porque é do interesse do devedor ou de seu representante a consignação, especialmente para afastar os efeitos da mora ou do inadimplemento absoluto.

Para findar o estudo do instituto, entende-se que a consignação judicial ou extrajudicial constitui uma interessante ferramenta para comprovação da boa-fé objetiva, mantendo relação direta também com a função social do contrato e da obrigação.

Isso porque, muitas vezes, os devedores pretendem a revisão judicial de contratos tendo em vista a sua visualização social. Para tanto, uma vez evidenciada a onerosidade excessiva (quebra da base do negócio jurídico, do *sinalagma*), ou seja, que o contrato ficou *pesado demais*, poderá o devedor requerer que a desproporção seja afastada, por meio dessa revisão contratual. Todavia, sendo possível o depósito parcial da quantia em aberto, deverá o devedor fazê-lo, comprovando a sua conduta de lealdade (boa-fé objetiva).

O Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido essa interação. Mais do que isso, tem entendido que o nome do devedor somente será retirado de cadastro de inadimplentes se a boa-fé objetiva, pela consignação, restar comprovada (nesse sentido, ver: STJ, AgRg no REsp 817.530/RS, Rel. Min. Jorge Scartezzini, Quarta Turma, j. 06.04.2006, *DJ* 08.05.2006, p. 237).

Com origem na jurisprudência, a questão do depósito passou a ser regulamentada legalmente pelo Código de Processo Civil, dispondo o art. 285-B do Estatuto Processual que nos litígios que tenham por objeto obrigações decorrentes de empréstimo, financiamento ou arrendamento mercantil, o autor da ação revisional deverá discriminar na petição inicial, dentre as obrigações contratuais, aquelas que pretende controverter, quantificando o valor incontroverso. E arremata o seu § 1.º que o

valor incontroverso deverá continuar sendo pago no tempo e modo contratados, de forma judicial ou extrajudicial. Cabe pontuar que ambos os preceitos foram incluídos pela Lei 12.810, de 2013.

Outra questão prática importante, de cunho processual, está relacionada com a conclusão de que era comum o posicionamento jurisprudencial pelo qual o rito especial da ação de consignação em pagamento não era o caminho correto para tanto. Porém, houve uma alteração no tratamento jurisprudencial dado ao tema, adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, que admite a possibilidade de revisão na própria ação de consignação (nesse sentido, ver: STJ, REsp 275.979/SE, Data da decisão: 01.10.2002, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, *DJ* 09.12.2002, p. 346). A conclusão é correta, eis que a revisão contratual também é objeto da consignação judicial.

3.6.3.2 *Da imputação do pagamento*

Juridicamente, *imputar* significa *indicar, apontar*. Como se sabe, não há qualquer óbice para que uma pessoa contraia com outrem várias obrigações. Justamente por isso, dispõe o art. 352 do CC que "a pessoa obrigada por dois ou mais débitos da mesma natureza, a um só credor, tem o direito de indicar a qual deles oferece pagamento, se todos forem líquidos e vencidos".

Como elementos da imputação, há a identidade de devedor e de credor, a existência de dois ou mais débitos da mesma natureza, bem como o fato de as dívidas serem líquidas e vencidas – certas quanto à existência, determinadas quanto ao valor. A imputação do pagamento visa a favorecer o devedor ao lhe possibilitar a escolha do débito que pretende extinguir (art. 352 do CC). Como a norma é de natureza privada, é possível constar do instrumento obrigacional que a escolha caberá ao credor, o que inclusive é admitido pelo dispositivo seguinte.

Se o devedor não fizer qualquer declaração, transfere-se o direito de escolha ao credor, não podendo o primeiro reclamar, a não ser que haja violência ou dolo do segundo (art. 353 do CC).

Caso não haja manifestação nem do sujeito passivo nem do sujeito ativo, a imputação será feita pela norma jurídica, conforme as regras de *imputação legal*.

De acordo com os arts. 354 e 355 do CC em vigor e pelo entendimento doutrinário e jurisprudencial, tem-se a seguinte ordem prevista para a imputação legal:

> 1.º) Havendo capital e juros, o pagamento será feito primeiro nos juros vencidos e depois no capital, salvo estipulação em contrário, ou se o credor passar a quitação por conta do capital (principal da dívida). Cumpre destacar que a jurisprudência superior tem feito tal imputação nos contratos de aquisição da casa própria celebrados pelo Sistema Financeiro da Habitação (STJ, REsp 1.095.852/PR, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 2.ª Seção, j. 14.03.2012, *DJe* 19.03.2012. Publicação no *Informativo* n. *494* do STJ).
>
> 2.º) A imputação se fará nas dívidas líquidas e vencidas em primeiro lugar. Em suma, a imputação se fará nas dívidas mais antigas.

> 3.º) Caso todas forem líquidas e vencidas ao mesmo tempo, será feita a imputação na mais onerosa. Inicialmente será a mais onerosa a dívida de maior valor. Entretanto, pode ser considerada mais onerosa aquela que apresentar a maior taxa de juros no quesito comparativo.
>
> 4.º) Não havendo juros, sendo as dívidas líquidas, vencidas ao mesmo tempo e iguais, a imputação será relacionada a todas as dívidas na mesma proporção. Esse é o posicionamento doutrinário, tendo em vista a ausência de previsão legal.[35]

Como se nota, o ato de imputação é unilateral, razão pela qual o instituto está elencado como uma regra especial de pagamento.

3.6.3.3 *Do pagamento com sub-rogação*

A sub-rogação é conceituada pela melhor doutrina contemporânea como a "substituição de uma coisa por outra, com os mesmos ônus e atributos, caso em que se tem a sub-rogação real, ou a substituição de uma pessoa por outra, que terá os mesmos direitos e ações daquela, hipótese em que se configura a sub-rogação pessoal de que trata o Código Civil no capítulo referente ao pagamento com sub-rogação".[36] Assim sendo, no âmbito obrigacional, nosso Código Civil trata da *sub-rogação pessoal ativa*, que vem a ser a substituição em relação aos direitos relacionados com o crédito, em favor daquele que pagou ou adimpliu a obrigação alheia.

A sub-rogação *real* ou *objetiva*, ou seja, a substituição de uma coisa por outra, não é estudada no direito obrigacional, interessando principalmente em alguns casos envolvendo o Direito de Família (regras quanto ao regime de bens) e o Direito das Sucessões. Nosso Direito Privado não contempla a *sub-rogação passiva*, mas somente a novação subjetiva passiva, hipótese em que se cria uma nova obrigação pela substituição do devedor.

Desse modo, na *sub-rogação pessoal ativa*, efetivado o pagamento por terceiro, o credor ficará satisfeito, não podendo mais requerer o cumprimento da obrigação. No entanto, como o devedor originário não pagou a obrigação, continuará obrigado perante o terceiro que efetivou o pagamento. Em resumo, o que se percebe na sub-rogação é que não se tem a extinção propriamente dita da obrigação, mas a mera substituição do sujeito ativo, passando a terceira pessoa a ser o novo credor da relação obrigacional.

Conforme consta do art. 349 do CC/2002, a sub-rogação transfere ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo em relação à dívida contra o devedor principal e os fiadores. Não há o surgimento de uma nova dívida, pela substituição do credor, como ocorre na novação subjetiva ativa.

A sub-rogação, mera substituição do credor que está prevista pela teoria geral das obrigações, pode ser classificada em:

a) Sub-rogação legal (art. 346 do CC) – são as hipóteses de pagamentos efetivados por terceiros interessados na dívida (interesse patrimonial, conforme aduzimos). São casos de sub-rogação legal, automática, ou *de pleno direito* (*pleno iure*):

– Do credor que paga a dívida do devedor comum a outro credor, situações estas em que *solvens* e *accipiens* são credores da mesma pessoa. Ilustrando, *A* deve para *B* R$ 10.000,00 e para C R$ 20.000,00. *B* paga para *C* os R$ 20.000,00 sub-rogando-se em tal quantia. Então poderá *B* cobrar de *A* R$ 30.000,00.

– Do adquirente do imóvel hipotecado, que paga ao credor hipotecário, bem como do terceiro que efetiva o pagamento para não ser privado de direito sobre imóvel. Não havia menção a esse *terceiro* na codificação anterior, o que pode ser aplicado em um caso em que a pessoa paga a dívida para afastar os efeitos de eventual evicção – perda da coisa por decisão judicial ou apreensão administrativa, que a atribuiu a um terceiro (art. 447 do CC).

– Do terceiro interessado, que paga a dívida pela qual era ou podia ser obrigado, no todo ou em parte. Pode ser citado, aqui, o principal exemplo do fiador que paga a dívida do devedor principal.

b) *Sub-rogação convencional* (art. 347 do CC) – são os pagamentos efetivados por terceiros não interessados na dívida. São situações típicas previstas no Código Civil:

– Quando o credor recebe o pagamento de terceiro e expressamente lhe transfere todos os seus direitos. Enuncia o art. 348 do CC que em casos tais deverão ser aplicadas as regras previstas para a cessão de crédito, instituto que será estudado oportunamente. Entretanto, deve-se compreender que não haverá uma cessão de crédito propriamente dita, mas apenas aplicação residual das regras de cessão, como é o caso daquela que prevê a necessidade de notificação do devedor, informando quem é o novo credor (art. 290 do CC).

– Quando terceira pessoa empresta ao devedor a quantia necessária para solver a dívida, sob a condição expressa de ficar o mutuante sub-rogado nos direitos do credor satisfeito (caso de mútuo – empréstimo de dinheiro para quitar a dívida).

O que se observa dos casos listados é que na sub-rogação legal existem atos unilaterais, o que a caracteriza como regra especial de pagamento. Por outro lado, na sub-rogação convencional existe um negócio jurídico celebrado (ato bilateral) com um terceiro não interessado que realiza o pagamento. Dessa forma, a sub-rogação convencional é forma de pagamento indireto.

No tocante à primeira (sub-rogação legal), o sub-rogado não poderá exercer os direitos e as ações do credor, senão até a soma que tiver desembolsado para desobrigar o devedor (art. 350 do CC). Discute-se se há a possibilidade de o sub-rogado cobrar valor a mais no caso de sub-rogação convencional. Entendemos que a resposta é negativa, pois, caso contrário, a sub-rogação ficaria com a mesma feição da cessão de crédito, que tem natureza onerosa, ou seja, um intuito especulativo. A sub-rogação, conforme a mais atenta doutrina, somente pode ter natureza gratuita.[37] As diferenças entre os institutos constam do quadro a seguir:

Pagamento com sub-rogação (arts. 346 a 351 do CC)	**Cessão de crédito (arts. 286 a 298 do CC)**
Regra especial de pagamento ou forma de pagamento indireto, pela mera substituição do credor, mantendo-se os demais elementos obrigacionais.	Forma de transmissão das obrigações.
Não há necessidade de notificação do devedor, a não ser na hipótese	Há necessidade de notificação do devedor para que o mesmo saiba a

do art. 347, I, do CC (art. 348).	quem pagar (art. 290 do CC).
Caráter gratuito, tão somente.	Caráter gratuito ou oneroso.

Todavia, a questão não é pacífica, pois há outra corrente, a afirmar que na sub-rogação convencional vale a autonomia privada, podendo os envolvidos acertar valor superior àquele que foi pago, dando caráter especulativo ao instituto.[38]

Superada essa questão de divergência, encerrando a abordagem do instituto, relativamente ao credor originário que só em parte for reembolsado, terá ele preferência ao sub-rogado, na cobrança da dívida restante, se os bens do devedor não forem suficientes para saldar inteiramente o que a um e outro dever (art. 351 do CC).

3.6.3.4 *Da dação em pagamento*

Os arts. 356 a 359 do CC/2002 tratam da dação em pagamento (*datio in solutum*), que pode ser conceituada como uma forma de pagamento indireto em que há um acordo privado entre os sujeitos da relação obrigacional, pactuando-se a substituição do objeto obrigacional por outro. Para tanto, é necessário o consentimento expresso do credor, o que caracteriza o instituto como um negócio jurídico bilateral.

A respeito da concordância do credor, bem concluiu recentemente o Superior Tribunal de Justiça, "A origem do instituto da dação em pagamento (*datio in solutum* ou *pro soluto*) traduz a ideia de acordo, realizado entre o credor e o devedor, cujo caráter é liberar a obrigação, em que o credor consente na entrega de coisa diversa da avençada, nos termos do que dispõe o art. 356, do Código Civil. Para configuração da dação em pagamento, exige-se uma obrigação previamente criada; um acordo posterior, em que o credor concorda em aceitar coisa diversa daquela anteriormente contratada e, por fim, a entrega da coisa distinta com a finalidade de extinguir a obrigação. A exigência de anuência expressa do credor, para fins de dação em pagamento, traduz, *ultima ratio*, garantia de segurança jurídica para os envolvidos no negócio jurídico, porque, de um lado, dá ao credor a possibilidade de avaliar, a conveniência ou não, de receber bem diverso do que originalmente contratado. E, por outro lado, assegura ao devedor, mediante recibo, nos termos do que dispõe o art. 320 do Código Civil, a quitação da dívida" (STJ, REsp 1138993/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, 3.ª Turma, j. 03.03.2011, *DJe* 16.03.2011).

A dação em pagamento pode ter como objeto uma prestação qualquer, não sendo necessariamente dinheiro. Poderá ser entregue um bem móvel ou imóvel. Também poderá ter como conteúdo fatos e abstenções.

Nota-se certa identidade entre dação em pagamento e contrato de compra e venda, conforme se

depreende do art. 357 do CC, pelo qual, sendo entregue dinheiro aplicar-se-ão os comandos legais relacionados com o contrato típico de compra e venda (arts. 481 a 504 do CC). Na opinião deste autor, por analogia, até podem ser aplicadas à dação em pagamento as regras previstas para esse contrato, o que ressalta o caráter oneroso dessa forma de pagamento indireto.

Pois bem, na dação em pagamento, a substituição pode ser de dinheiro por bem móvel ou imóvel (*datio rem pro pecuni*), de uma coisa por outra (*datio rem pro re*), de dinheiro por título, de coisa por fato, entre outros, desde que o seu conteúdo seja lícito, possível, determinado ou determinável (art. 104, II, do CC). No caso de haver a entrega de uma coisa por outra coisa (*datio rem pro re*), haverá similaridade entre a dação e a troca ou permuta (art. 533 do CC). Mas, como o contrato em questão é regulamentado apenas por um dispositivo do Código Civil, na maioria das vezes serão aplicadas as próprias regras da *datio in solutum* previstas na codificação e que estão sendo no momento estudadas.

Segundo o art. 358 do CC, se a coisa dada for um título de crédito, a transferência importará em cessão. Entretanto, não há identidade entre as duas figuras, eis que na cessão de crédito há a transmissão de obrigação, enquanto na dação ocorre o pagamento indireto pela substituição do objeto, da prestação. Deve-se interpretar o art. 358 do CC somente no sentido de que serão aplicadas as regras referentes à cessão de crédito, por analogia, conforme manda o dispositivo legal. Além disso, deve ser esclarecido que o dispositivo é aplicado para o caso em que o devedor entrega ao seu credor um título de crédito do qual é credor. Nessa hipótese, o terceiro (devedor do título) deverá ser notificado para que seja informado quem é o seu novo credor.

Se o credor for evicto da coisa recebida, a obrigação primitiva será restabelecida, ficando sem efeito a quitação dada, ressalvados os direitos de terceiros de boa-fé (art. 359 do CC). Isso não ocorre na novação, sendo certo que o legislador quis privilegiar a posição do credor na dação, restabelecendo a prestação primitiva. A nova redação do art. 359 do CC valoriza a boa-fé objetiva, o dever anexo de confiança, protegendo expressamente terceiros que realizaram o negócio. Concretizando, duas partes obrigacionais concordam em substituir um imóvel (objeto da prestação) por dois veículos. Em regra, se os veículos se perderem por evicção, *retorna* a obrigação de dar a casa. Mas se esta última foi vendida pelo devedor a um terceiro, que agiu de boa-fé ao comprá-la, não haverá o mencionado *retorno*. Em suma, o credor (adquirente, evicto) terá que suportar os efeitos da evicção, tendo ação regressiva contra o devedor (alienante), conforme as regras constantes da teoria geral dos contratos.

A dação em pagamento não se confunde com a novação real, uma vez que na primeira não ocorre a substituição de uma obrigação por outra, mas tão somente do objeto da prestação, mantendo-se os demais elementos do vínculo obrigacional, tais como os seus acessórios (juros e cláusula penal, por exemplo).

Por fim, conforme adverte Orlando Gomes, não se pode confundir a dação em pagamento com a

dação por causa de pagamento ou *dação em função de pagamento*, ou melhor, *datio pro solvendo*. Ensina esse autor que “trata-se de negócio jurídico destinado a facilitar ao credor a realização do seu interesse, podendo consistir, sem ser novação, em operação com a qual o devedor assume dívida nova. Ocorre na dação de um crédito sem extinção da dívida originária, que, ao contrário, é conservada, suspensa ou enfraquecida. Havendo *datio pro solvendo*, a dívida primitiva só se extingue ao ser paga a nova”.[39]

Ilustrando, cite-se o caso em que cheque de terceiro é dado como pagamento de uma dívida. Se o cheque é devolvido sem fundos, a dívida subsiste, sem qualquer alteração, não havendo novação (nesse sentido, ver: TJSP, Apelação Cível 542.001.4/2, Acórdão 3945829, São Paulo, Quarta Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 16.07.2009, *DJESP* 13.08.2009).

3.6.3.5 *Da novação*

A novação, tratada entre os arts. 360 a 367 do CC, pode ser definida como uma forma de pagamento indireto em que ocorre a substituição de uma obrigação anterior por uma obrigação nova, diversa da primeira criada pelas partes. Seu principal efeito é a extinção da dívida primitiva, com todos os acessórios e garantias, sempre que não houver estipulação em contrário (art. 364 do CC).

Destaque-se que em havendo a referida previsão em contrário, autorizada pela própria lei, haverá *novação parcial*. Podem as partes convencionar o que será extinto, desde que isso não contrarie a ordem pública, a função social dos contratos e a boa-fé objetiva. Todavia, a regra é *novação total*, de todos os elementos da obrigação anterior, pela própria natureza do instituto.

A novação não produz, como ocorre no pagamento direto, a satisfação imediata do crédito. Por envolver mais de um ato volitivo, constitui um negócio jurídico e forma de pagamento indireto. São seus elementos essenciais:

- *Existência de uma obrigação anterior (obrigação antiga).*
- *Existência de uma nova obrigação.*
- *Intenção de novar* (animus novandi).

Dispõe o art. 361 do CC que o ânimo de novar pode ser expresso ou mesmo tácito, mas sempre inequívoco. Não havendo tal elemento imaterial ou subjetivo, a segunda obrigação simplesmente confirma a primeira.

A *intenção de novar tácita* não constava da codificação anterior, estando relacionada com o moderno conceito de novação, mais aberto e flexível. Para uma maior celeridade obrigacional, à luz da operabilidade, o Código Civil de 2002 não oferece entraves formais para o instituto. Ilustrando, o

julgado a seguir, do Tribunal de Minas Gerais, é didático ao apresentar como se pode caracterizar a intenção tácita:

> "Embargos de devedor. Novação. Pagamento parcial. Artigo 427 CC/2002. A novação não se presume, sendo o *animus novandi* elemento decisivo para sua caracterização. Somente se admite a novação tácita como resultante de fatos que, uma vez praticados, não tenham outra explicação senão o ânimo de novar. Cite-se a título de exemplo: A restituição do documento comprobatório da obrigação primitiva ou a sua destruição pelo credor, ao receber o título da nova obrigação" (TJMG, Apelação Cível 1.0480.02.030505-2/0011, Patos de Minas, 9.ª Câmara Cível, Rel. Des. José Antônio Braga, j. 01.04.2008, *DJEMG* 19.04.2008).

Ainda exemplificando, o simples ato de entregar cheques para pagamento de duplicatas anteriores, sem a devolução das últimas ao devedor, não gera a novação. Nesse sentido:

> "Duplicata. Ausência de pagamento. Recebimento de cheque, pela credora, em caráter *pro solvendo*. Descumprimento, pela autora – Reconvinda, do ônus da prova do pagamento. Cheques sucessivos que foram restituídos por ausência de fundos. Novação não caracterizada. Viabilidade da reconvenção, apesar de a triplicata consistir em título executivo. Possibilidade de opção pelo processo de conhecimento, ainda mais em situação como essa, em que a discussão sobre o documento foi inaugurada pela devedora, isto a justificar o contra-ataque, com aproveitamento do processo. Litigância de má-fé bem reconhecida na sentença, uma vez que manifesto o propósito protelatório da autora. Honorários advocatícios bem arbitrados, não havendo motivo para redução. Ação declaratória e cautelar improcedentes; reconvenção procedente. Recurso não provido" (TJSP, Apelação Cível 7.287.491-4, Acórdão 4.134.622, Olímpia, 21.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Itamar Gaino, j. 07.10.2009, *DJESP* 30.10.2009).

Além da novação tácita, é viável juridicamente a *novação expressa*, feita por meio de instrumento obrigacional pelo qual as partes concordam com a substituição de um título de crédito causal (duplicata) por outro abstrato (cheque). Com esse instrumento, constando a intenção das partes de substituir uma obrigação por outra, fica mais fácil identificar a novação. Como se pode perceber, a novação expressa tende a uma maior certeza e sensação de segurança jurídica.

Não se podem validar por novação as obrigações nulas ou extintas, uma vez que não se pode novar o que não existe, nem extinguir o que não produz efeitos jurídicos (art. 367 do CC). Por outro lado, a obrigação anulável pode ser confirmada pela novação, exemplo típico de convalidação do negócio em caso de anulabilidade, o que demonstra a sintonia do instituto com o princípio da conservação negocial.

Para que a novação tenha validade e possibilidade jurídica, a nova obrigação também deve ser válida. Sendo nula, a novação será inválida e prevalecerá a obrigação antiga. Sendo anulável e caso a obrigação seja efetivamente anulada, também restabelecida ficará a anterior, aplicação direta do art. 182 do CC, que traz efeitos retroativos parciais ao ato anulável.

No caso de novação subjetiva passiva (por substituição do devedor), a insolvência do novo devedor não confere ao credor o direito de regresso contra o antigo, salvo se este obteve por má-fé a

substituição (art. 363 do CC). Isso porque a obrigação antiga, da qual o antigo devedor fazia parte, foi totalmente liquidada.

Se não houver consentimento do fiador em caso de novação da obrigação principal, estará este exonerado da obrigação acessória em relação ao credor (art. 366 do CC). O principal efeito da novação, como é notório, é a extinção de todos os acessórios da dívida, salvo estipulação em contrário, sendo a fiança um contrato de natureza acessória (art. 364 do CC).

Nos termos desse último comando, não aproveitará, contudo, ao credor ressalvar o penhor, a hipoteca ou a anticrese, se os bens dados em garantia pertencerem a terceiro que não foi parte na novação. Assim sendo, o acordo de permanência dos acessórios não poderá atingir terceiro que ofereceu bem em garantia real (penhor, hipoteca ou anticrese) se o mesmo não participar da novação. Nesse sentido, somente haverá permanência da garantia real se o devedor pignoratício, hipotecante ou anticrético assinar expressamente o instrumento da novação.

De acordo com o art. 365 do Código em vigor, ocorrendo novação entre o credor e um dos devedores solidários, somente sobre os bens do que contrair a nova obrigação subsistirão as preferências e garantias do crédito novado. Os outros devedores solidários ficarão por esse fato exonerados. Essa exoneração confirma a tese de que o *animus novandi* é pessoal, devendo ser inequívoco para gerar efeitos. A responsabilidade patrimonial, nos termos do art. 391 do CC, somente poderá atingir aquele que participou da substituição da dívida.

Analisados esses dispositivos, é fundamental expor a classificação da novação, ponto importantíssimo relativo à matéria:

I) *Novação objetiva* ou *real* – é a modalidade mais comum de novação, ocorrendo nas hipóteses em que o devedor contrai com o credor nova dívida para extinguir a primeira (art. 360, I, do CC). Como já exposto, essa não se confunde com a dação em pagamento (*datio in solutum*).

II) *Novação subjetiva* ou *pessoal* –é aquela em que ocorre a substituição dos sujeitos da relação jurídica obrigacional, criando-se uma nova obrigação, com um novo vínculo entre as partes. A *novação subjetiva* pode ser assim classificada:

– *Novação subjetiva ativa* – ocorre a substituição do credor, criando uma nova obrigação com o rompimento do vínculo primitivo (art. 360, III, do CC). São seus requisitos: o consentimento do devedor perante o novo credor, o consentimento do antigo credor que renuncia ao crédito e a anuência do novo credor que aceita a promessa do devedor. No campo prático, essa forma de novação vem sendo substituída pela cessão de crédito, diante do caráter oneroso e especulativo da última.

– *Novação subjetiva passiva* – ocorre a substituição do devedor que sucede ao antigo, ficando este último quite com o credor (art. 360, II, do CC). Se o novo devedor for insolvente, não terá o credor que o aceitou ação regressiva contra o primeiro, salvo se este obteve de má-fé a substituição. A novação subjetiva passiva, ou por substituição do devedor, pode ser subclassificada nos seguintes moldes:

a) Novação subjetiva passiva por expromissão – ocorre quando um terceiro assume a dívida do devedor originário, substituindo-a sem o consentimento deste (art. 362 do CC), mas desde que o credor concorde com a mudança no polo passivo. No caso de novação expressa, assinam o instrumento obrigacional somente o novo devedor e o credor, sem a participação do antigo devedor.

b) *Novação subjetiva passiva por delegação* – ocorre quando a substituição do devedor é feita com o consentimento do devedor originário, pois é ele que indicará uma terceira pessoa para assumir o seu débito, havendo concordância do credor. Eventualmente, assinam o instrumento o novo devedor, o antigo devedor que o indicou ou delegou poderes e o credor.

Além dessas formas de novação, a doutrina aponta ainda a *novação mista*, hipótese em que, ao mesmo tempo, substitui-se o objeto e um dos sujeitos da relação jurídica.[40] Essa forma de novação pode também ser denominada *novação complexa*, eis que ocorre a substituição de quase todos os elementos da relação jurídica original, não estando tratada de forma expressa na codificação privada brasileira.

Mais uma vez é importante repetir que não se pode confundir a sub-rogação com a novação subjetiva ativa (ou por substituição do credor). No pagamento com sub-rogação há apenas uma alteração da estrutura obrigacional, surgindo somente um novo credor. Já na novação o vínculo original se desfaz com todos os seus acessórios e garantias. Cria-se um novo vínculo, totalmente independente do primeiro, salvo estipulação expressa em contrário.

A novação subjetiva ativa também não se confunde com a cessão de crédito, que é forma de transmissão da obrigação e que pode ter natureza onerosa.

Sob outro prisma, a novação subjetiva passiva não se confunde com a cessão de débito ou assunção de dívida que é forma de transmissão da posição passiva da obrigação.

Também é de ressaltar que a novação objetiva ou real não pode ser confundida com a dação em pagamento. A primeira é uma forma de pagamento indireto por substituição da dívida, gerando a extinção de todos os acessórios. Em reforço, havendo evicção da coisa dada, a prestação primitiva, em casos tais, não revive. Como visto, a dação não gera a extinção dos acessórios e, no caso de perda da coisa dada, retornará a prestação primitiva.

Por fim, é importante apontar que o Superior Tribunal de Justiça tem analisado o instituto da novação com vistas ao princípio da função social dos contratos e das obrigações. Isso pode ser evidenciado pelo teor da Súmula 286 daquele Tribunal, que tem a seguinte redação: “A renegociação de contrato bancário ou a confissão da dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores”.

A socialidade salta aos olhos, uma vez que se quebra com aquela tradicional regra pela qual, ocorrida a novação, não é mais possível discutir a obrigação anterior. Sendo flagrante o abuso de direito cometido pela parte negocial e estando presente a onerosidade excessiva por cobrança de juros abusivos nas obrigações anteriores, é possível a discussão judicial dos contratos novados (nesse sentido, ver: STJ, REsp 332.832/RS, Rel. Min. Asfor Rocha, 2.ª Seção de Direito Privado, j. 28.05.2003, *DJ* 23.02.2003).

3.6.3.6 *Da compensação*

Ocorre a compensação quando duas ou mais pessoas forem ao mesmo tempo credoras e devedoras umas das outras, extinguindo-se as obrigações até o ponto em que se encontrarem, onde se equivalerem (art. 368 do CC). Os arts. 369 a 380 também tratam dessa forma de pagamento indireto, que depende de duas manifestações de vontade, pelo menos (negócio jurídico). Deve-se entender que a compensação constitui um aspecto material do princípio da economia, fundado na ordem pública.

De acordo com o art. 369 da codificação, a compensação efetua-se entre dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis. Trata-se de requisito para a compensação legal. Melhor explicando, em casos tais, as dívidas devem ser:

→ certas quanto à existência, e determinadas quanto ao valor (líquidas);

→ vencidas ou atuais, podendo ser cobradas;

→ constituídas por coisas substituíveis (ou consumíveis, ou fungíveis), como, por exemplo, o dinheiro.

Embora sejam do mesmo gênero as coisas fungíveis, objeto das duas prestações, não se compensarão verificando-se que diferem na qualidade, quando especificada no contrato (art. 370 do CC). Justamente por tal dispositivo, sustenta-se a tese de *fungibilidade ou uniformidade total* das dívidas, o que torna dificultosa a compensação legal, que exige tais elementos com certa rigidez.

O devedor somente pode compensar com o credor o que este lhe dever; mas o fiador pode compensar sua dívida com a de seu credor ao afiançado (art. 371 do CC). Imperioso perceber que o comando legal em questão não adota a *teoria dualista* da obrigação. Isso porque enuncia a lei que o fiador tem uma dívida com o credor. Ora, como exposto, pela tese dualista o fiador apenas assume uma responsabilidade em relação ao credor, sem ter contraído a dívida (*Haftung sem Schuld*). Ademais, tal possibilidade de compensação coloca em xeque a discussão a respeito do caráter pessoal da compensação. Em suma, não se sabe ao certo se a compensação é ou não uma exceção pessoal, tema amplamente debatido na *IV Jornada de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal. Por ocasião do evento, em 2006, não se chegou à unanimidade na comissão de obrigações, não sendo aprovado enunciado que previa expressamente ser a compensação uma exceção pessoal.

O s *prazos de favor*, que são aqueles concedidos graciosamente pelo credor, embora consagrados pelo uso geral, não obstam a compensação (art. 372 do CC). Cite-se, por exemplo, o prazo de moratória para pagamento da dívida. Diante da boa-fé objetiva, também consagrada nesse dispositivo, não poderá o devedor valer-se da graça para afastar a compensação. Não poderá a parte obrigacional criar uma situação e dela tentar beneficiar-se tendo em vista o claro desrespeito à boa-fé. Portanto, não pode um credor que também é devedor requerer um prazo de moratória para,

depois, cobrar maliciosamente a dívida, alegando o prazo de favor quando o réu mencionar a compensação. Aqui pode ser citada a máxima *tu quoque*, geradora da *regra de ouro*, que enuncia: *não faça contra o outro o que você não faria contra si mesmo*.

A diferença de causa, razão ou motivo nas dívidas também não impede a compensação, conforme prevê o art. 373 do CC. Entretanto, exceção deve ser feita nos seguintes casos:

- Se a dívida provier de esbulho, furto ou roubo. Não é possível a compensação diante da presença de atos ilícitos.
- Se uma dívida se originar de comodato, depósito ou alimentos. Os contratos de comodato e depósito são personalíssimos, o que obsta a compensação. Os alimentos são incompensáveis por força do art. 1.707 do CC, tema que ainda será aprofundado.
- Se uma dívida for de coisa não suscetível de penhora. Segue-se a antiga afirmação de que a dívida impenhorável é também incompensável.

Previa o art. 374 do CC em vigor que "a matéria da compensação, no que concerne às dívidas fiscais e parafiscais, é regida pelo disposto neste capítulo". Esse dispositivo legal foi revogado, por força da Medida Provisória 104/2003, convertida na Lei 10.677/2003. Consigne-se que Nelson Nery Jr. vê inconstitucionalidade na origem dessa revogação, pois a medida provisória da qual se originou a lei foi fruto de reedição pelo Presidente da República.[41] Frise-se, contudo, que esse posicionamento, apesar de bem fundamentado, é minoritário. O entendimento majoritário é que realmente o dispositivo e a regra nele inserida encontram-se revogados. Infelizmente, houve um intuito político na revogação, pelos interesses tributários do Estado brasileiro.

O art. 375 do CC/2002 enuncia a possibilidade da *cláusula excludente da compensação*, diante da autonomia privada e da liberdade contratual. O mesmo comando legal autoriza a possibilidade de renúncia à compensação. Dúvidas surgem se tal dispositivo poderá ou não ser aplicado a todas as formas de compensação que serão estudadas adiante. Este autor entende que a compensação legal, principalmente se ocorrer no âmbito judicial, envolve matéria de ordem pública – pela relação com o princípio da economia –, não havendo validade das cláusulas de exclusão e de renúncia. Em suma, o dispositivo apenas se aplicaria à compensação convencional. Ademais, para que tenham validade, as cláusulas devem estar inseridas em contratos civis plenamente discutidos pelas partes (contratos paritários). Se as cláusulas forem inseridas em contratos de consumo serão nulas, pela dicção do art. 51 do CDC. Sendo inseridas em contratos de adesão, a nulidade decorre do art. 424 do CC.

Todavia, a questão não é pacífica, uma vez que a doutrina majoritária ainda sustenta que a norma se aplica a qualquer modalidade de compensação, eis que essa é instituto de ordem privada.[42]

Nos termos do art. 376 do CC/2002, "obrigando-se por terceiro uma pessoa, não pode compensar essa dívida com a que o credor dele lhe dever". Esse dispositivo ressalta a necessidade da reciprocidade entre as dívidas, exceção feita para o caso do fiador (art. 371 do CC).

O devedor que, notificado, nada opuser à cessão que o credor fez a terceiros dos seus direitos, não poderá opor ao cessionário a compensação, que antes da cessão teria podido opor ao cedente. Se, porém, a cessão não lhe tiver sido notificada, poderá opor ao cessionário a compensação do crédito que antes tinha contra o cedente. Essa a regra do art. 377 do CC, que relaciona a cessão de crédito ao instituto da compensação.

Quando as duas dívidas não são pagáveis no mesmo lugar, não poderão ser compensadas sem a dedução das despesas necessárias à operação (art. 378). Desse modo, havendo necessidade de uma parte se transportar para outra localidade visando à compensação de uma obrigação, as despesas deverão ser divididas entre os sujeitos obrigacionais, para que a compensação seja possível. Esse comando legal veda o enriquecimento sem causa, ressaltando a necessidade de identidade entre as dívidas para que a compensação seja possível com a dedução de quantias relacionadas com a forma de pagamento indireto. Visa ainda a manter o *sinalagma* obrigacional, pois não se pode admitir que o pagamento das despesas com a operação onere de forma acentuada uma das partes da obrigação, gerando onerosidade excessiva.

Eventualmente, será possível aplicar à compensação os comandos legais previstos para a imputação do pagamento (arts. 352 a 355 do CC). Essa é a regra do art. 379 do atual Código, pela qual: “Sendo a mesma pessoa obrigada por várias dívidas compensáveis, serão observadas, no compensá-las, as regras estabelecidas quanto à imputação do pagamento”. Assim, a imputação caberá: 1.º) ao devedor; 2.º) ao credor; 3.º) à lei – imputação legal (pela ordem: juros, dívida que venceu em primeiro lugar, dívida mais onerosa, imputação proporcional).

Não se admite a compensação em prejuízo de direito de terceiro, o que ressalta a proteção da boa-fé objetiva, que é preceito de ordem pública (art. 380 do CC). O devedor que se torne credor do seu credor, depois de penhorado o crédito deste, não pode opor ao exequente a compensação de que contra o próprio credor disporia.

Superada a análise das suas regras gerais, para encerrar, vejamos as principais classificações da compensação, apontadas pela melhor doutrina contemporânea:[43]

I) *Quanto à origem*:

a) Compensação legal – é aquela que decorre de lei e independe de convenção entre os sujeitos da relação obrigacional, operando-se mesmo que uma delas não queira a extinção das dívidas, pois envolve a ordem pública. Para que ocorra a compensação legal, são necessários os seguintes requisitos: reciprocidade de débitos; liquidez das dívidas, que devem ser certas quanto à existência e determinadas quanto ao objeto e valor; exigibilidade atual das prestações, estando estas vencidas; e fungibilidade dos débitos, havendo identidade entre a natureza das obrigações.

b) Compensação convencional – quando há um acordo de vontade entre os sujeitos da relação obrigacional. Na compensação convencional não há necessidade dos pressupostos acima apontados para a compensação legal. Perfeitamente possível a cláusula de exclusão dessa forma de compensação, nos moldes do art. 375 do CC, desde que o contrato seja civil e paritário.

c) Compensação judicial – ocorre por meio de decisão do juiz que reconhece no processo o fenômeno de extinção obrigacional. Em casos tais, é necessário que cada uma das partes alegue o seu direito contra a outra. Processualmente, em regra, o réu necessita ingressar com a reconvenção, que é a ação do réu contra o autor, no mesmo feito em que está sendo demandado, inclusive com o fim de extinguir ou diminuir o valor da obrigação (art. 315 do CPC). Não haverá necessidade de reconvenção nas ações de natureza dúplice, caso, por exemplo, das ações de rito sumário. A compensação judicial pode ter origem legal ou no acordo entre as partes do processo (convencional).

II) *Quanto à extensão:*

a) Compensação plena, total ou extintiva – é aquela que envolve a totalidade de duas dívidas.

b) Compensação restrita, parcial ou propriamente dita – é aquela que envolve parte de uma dívida e a totalidade de outra. Uma dívida é extinta e a outra é compensada.

3.6.3.7 *Da confusão*

Para o Direito das Obrigações, a confusão está presente quando na mesma pessoa *confundem-se* as qualidades de credor e devedor, em decorrência de um ato *inter vivos* ou *mortis causa (art. 381 do CC)*. A origem da confusão obrigacional, na grande maioria das vezes, decorre de um ato bilateral ou de um negócio jurídico, razão pela qual deve ela ser incluída como forma de pagamento indireto.

Pelo art. 382 do Código, a confusão pode verificar-se a respeito de toda a dívida, ou só de parte dela. No primeiro caso haverá *confusão total* ou *própria*, com a extinção da totalidade da dívida. No segundo, haverá a *confusão parcial* ou *imprópria*.

Quanto à solidariedade, enuncia o art. 383 do CC que “a confusão operada na pessoa do credor ou devedor solidário só extingue a obrigação até a concorrência da respectiva parte no crédito, ou na dívida, subsistindo quanto ao mais a solidariedade”. Desse modo, a confusão não tem o condão de pôr fim à solidariedade, que permanece intocável.

Cessando a confusão, para logo se restabelece, com todos os seus acessórios, a obrigação anterior (art. 384 do CC). No tocante à prescrição, deve-se entender que ela não corre nesses casos, presente uma condição suspensiva, nos moldes do art. 199, I, do CC. Em reforço, o próprio art. 384 consagra que a obrigação se restabelece, sem fazer qualquer ressalva.

Para esclarecer a matéria, interessante dois exemplos envolvendo a confusão. O primeiro tem origem *inter vivos*; o segundo, *mortis causa*.

Imagine-se o caso em que a empresa *A* deve para a empresa *B* R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais). Se a segunda empresa adquirir a primeira, a dívida estará extinta. Trata-se de confusão total. Mas se essa aquisição for declarada nula judicialmente ou por um órgão administrativo, por ilicitude do objeto, volta a dívida a existir.

Outro exemplo: alguém deve uma quantia para o seu pai, que é declarado morto por ausência.

Se o filho for o seu único sucessor haverá confusão total. Haverá confusão parcial se o tio também for credor da dívida. Mas se o pai reaparecer a dívida também ressurge.

3.6.3.8 *Da remissão de dívidas*

A *remissão* é o perdão de uma dívida, constituindo um direito exclusivo do credor de exonerar o devedor, estando tratada entre os arts. 385 a 388 do CC em vigor. Não se confunde com *remição*, escrita com *ç*, que, para o Direito Civil, significa *resgate*.

Pela regra contida no art. 385 do CC atual, e que não encontra correspondente na codificação anterior, a remissão constitui um negócio jurídico bilateral, o que ressalta o seu caráter de forma de pagamento indireto, uma vez que deve ser aceita pelo sujeito passivo obrigacional. A parte final desse dispositivo dispõe que a remissão somente pode ocorrer não havendo prejuízo a terceiros, outra valorização da boa-fé. Por uma questão lógica, somente é possível o perdão de direitos patrimoniais de caráter privado e desde que não prejudique o interesse público ou da coletividade (função social da remissão).

A remissão pode recair sobre a dívida inteira – caso da *remissão total* –, ou parte dela, denominada *remissão parcial* (art. 386 do CC).

A remissão ou perdão concedido a um dos codevedores extingue a dívida na parte a ele correspondente, não atingindo a solidariedade em relação aos demais (art. 388 do CC). Entretanto, para que o credor cobre a dívida deverá abater dos demais a quota do devedor que foi perdoado. A solidariedade, para todos os efeitos, permanece.

O perdão pode ser *expresso* – quando firmado por escrito – ou *tácito* – por conduta do credor, prevista em lei e incompatível com a preservação do direito obrigacional. Como exemplo de conduta tácita que gera a remissão pode ser citada a situação em que o credor entrega o título da obrigação ao devedor, quando tiver sido celebrado por escrito particular (art. 386 do CC). Isso provará a desoneração do devedor e seus coobrigados, caso o credor seja pessoa capaz de alienar e o devedor capaz de adquirir. Repise-se que o comando legal em questão é aplicado para os casos envolvendo instrumentos particulares ou contratos que traduzem dívidas. Para os casos de títulos de crédito, a entrega destes faz presumir a existência de pagamento (art. 324 do CC).

Em continuidade, não se pode confundir os institutos, uma vez que a entrega de objeto empenhado (dado em penhor, como garantia real) pelo credor ao devedor não presume o perdão da dívida, mas apenas a renúncia em relação à garantia (art. 387 do CC). Isso porque o penhor tem natureza acessória e não tem o condão de atingir o principal, a dívida.

Ainda no que concerne às categorias jurídicas, não se pode confundir os institutos da *renúncia* (gênero) e da *remissão* (espécie). A renúncia pode incidir sobre determinados direitos pessoais e é

ato unilateral. A remissão só diz respeito a direitos creditórios e é ato bilateral (negócio jurídico), estando presente a alteridade. A renúncia, por fim, não é tratada como forma de pagamento indireto, ao contrário da remissão. Exemplificando, o art. 1.275, II, do CC, possibilita a renúncia à propriedade.

3.7 DA TRANSMISSÃO DAS OBRIGAÇÕES

3.7.1 Introdução

Como cerne dos direitos pessoais de caráter patrimonial, as obrigações têm caráter dinâmico de circulação, cabendo a transmissão das condições de sujeitos ativos e passivos da estrutura obrigacional. Sendo muito comum a sua ocorrência no meio social, principalmente em casos envolvendo transações empresariais, não se pode afastar a importância prática do tema.

Saliente-se que a transmissão das obrigações deve ser encarada diante dos princípios sociais obrigacionais e contratuais, particularmente a boa-fé objetiva e a função social. Como se tem afirmado, não há outra forma de encarar o Direito Privado. Esse modo contemporâneo de análise irá trilhar muitas das conclusões do presente capítulo.

A cessão, em sentido amplo, pode ser conceituada como a transferência negocial, a título oneroso ou gratuito, de uma posição na relação jurídica obrigacional, tendo como objeto um direito ou um dever, com todas as características previstas antes da transmissão. Assim, o Direito Civil brasileiro admite três formas de transmissão das obrigações:

→ Cessão de crédito.

→ Cessão de débito.

→ Cessão de contrato.

O CC/1916 tratava somente da cessão de crédito, quem sabe porque na época as relações obrigacionais não eram tão complexas como atualmente. O CC/2002, além de prever a cessão de crédito (arts. 286 a 298), trata também da cessão de débito, ou assunção de dívida, entre os seus arts. 299 a 303. A cessão de contrato não recebeu tratamento específico, continuando a sua existência a ser debatida pela doutrina e admitida pela jurisprudência.

Parte-se ao estudo dessas formas de transmissão das obrigações. Serão analisadas as questões referentes a tais institutos atinentes, sem perder de vista a tendência de *personalização do Direito Privado*.

3.7.2 Da cessão de crédito

A cessão de crédito pode ser conceituada como um negócio jurídico bilateral ou sinalagmático, gratuito ou oneroso, pelo qual o credor, sujeito ativo de uma obrigação, transfere a outrem, no todo ou em parte, a sua posição na relação obrigacional. Aquele que realiza a cessão a outrem é denominado *cedente*. A pessoa que recebe o direito de credor é o *cessionário*, enquanto o devedor é denominado *cedido*. A última expressão não é recomendável, pois a pessoa não se transmite, mas tão somente a sua dívida. De qualquer forma, como a doutrina a utiliza, aqui será feito o mesmo, ainda que com ela não se concorde integralmente.

Com a cessão são transferidos todos os elementos da obrigação, como os acessórios e as garantias da dívida, salvo disposição em contrário. A cessão independe da anuência do devedor (cedido), que não precisa consentir com a transmissão.

Não há, na cessão, a extinção do vínculo obrigacional, razão pela qual ela deve ser diferenciada em relação às formas especiais e de pagamento indireto (sub-rogação e novação), como demonstrado anteriormente.

Enuncia o art. 286 do atual Código Civil que "o credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor; a cláusula proibitiva da cessão não poderá ser oposta ao cessionário de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação". Esse dispositivo traz três premissas fundamentais relativas à cessão de crédito.

> – 1.ª regra: Não é possível ceder o crédito em alguns casos, em decorrência de vedação legal como, por exemplo, na obrigação de alimentos (art. 1.707 do CC) e nos casos envolvendo os direitos da personalidade (art. 11 do CC).
>
> – 2.ª regra: Essa impossibilidade de cessão pode constar de instrumento obrigacional, o que também gera a *obrigação incessível*. De qualquer forma, deve-se concluir que se a cláusula de impossibilidade de cessão contrariar preceito de ordem pública não poderá prevalecer em virtude da aplicação do princípio da função social dos contratos e das obrigações, que limita a autonomia privada, em sua eficácia interna, entre as partes contratantes (art. 421 do CC).
>
> – 3.ª regra: Essa cláusula proibitiva não pode ser oposta ao cessionário de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação, o que está em sintonia com a valorização da eticidade, um dos baluartes do atual Código. Isso ressalta a tese pela qual a boa-fé objetiva é princípio de ordem pública, conforme o Enunciado n. 363 do CJF/STJ, da *IV Jornada de Direito Civil*: "Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, estando a parte lesada somente obrigada a demonstrar a existência da violação".

Salvo disposição em contrário, na cessão de um crédito abrangem-se todos os seus acessórios, como no caso dos juros, da multa e das garantias em geral, por exemplo (art. 287 do CC). A cessão desses acessórios é caso de *cessão legal*, aplicação da máxima de que o acessório segue o principal e que veremos a seguir (*princípio da gravitação jurídica*).

Em regra, a cessão tem eficácia *inter partes*, não se exigindo sequer forma escrita para que

tenha validade entre os negociantes (art. 107 do CC). Porém, para ter eficácia perante terceiros, é necessária a celebração de um acordo escrito, por meio de instrumento público ou de instrumento particular, revestido das solenidades do § 1.º do art. 654 do CC. Essa é a regra que consta do art. 288 do atual CC. Portanto, os requisitos para tal eficácia *erga omnes* são os mesmos previstos para o mandato, a saber:

- a indicação do lugar onde foi passada;
- a qualificação do cedente, do cessionário e do cedido;
- a data da transmissão;
- o objetivo da transmissão;
- a designação e a extensão da obrigação transferida.

Deve ficar claro que tais requisitos referem-se à eficácia do instituto perante terceiros. Para ter validade e eficácia entre as partes não há necessidade sequer da forma escrita, como regra. Em outras palavras, aplica-se à cessão de crédito a regra do art. 107 do CC, que consagra o princípio da liberdade das formas.

Quanto ao cessionário de crédito hipotecário, este tem o mesmo direito de fazer averbar a cessão no registro do imóvel, para resguardar seus direitos (art. 289 do CC). Essa regra pode ser aplicada, por analogia, à sub-rogação legal que se opera a favor do adquirente de imóvel hipotecado, que paga ao credor hipotecário, nos termos do art. 346, II, do atual Código.

Para que a cessão seja válida, não é necessário que o devedor (cedido) com ela concorde ou dela participe. Mas o art. 290 do CC preconiza que a cessão não terá eficácia se o devedor dela não for notificado. Essa notificação pode ser judicial ou extrajudicial não havendo maiores requisitos formais previstos em lei. O dispositivo admite inclusive a notificação presumida, pela qual o devedor, em escrito público ou particular, declara-se ciente da cessão feita.

Ocorrendo várias cessões do mesmo crédito, prevalece a que se completar com a tradição do título do crédito cedido (art. 291 do CC). Ilustrando, se *A*, maliciosamente, fizer a cessão do mesmo crédito a *B, C* e *D*, entregando o título que representa a dívida ao último, será *D* o novo credor, devendo o sujeito passivo da obrigação a ele pagar, caso este se apresente com o referido documento. Se a cessão tiver caráter oneroso poderão *B* e *C* voltar-se contra *A*, aplicando-se as regras previstas para o pagamento indevido e o enriquecimento sem causa (arts. 876 a 886 do CC).

Fica desobrigado o devedor que, antes de ter conhecimento da cessão, paga ao credor primitivo, eis que não há prazo legal para a notificação. No caso de mais de uma cessão notificada, o devedor deve pagar ao cessionário que lhe apresentar o título de cessão ou da obrigação cedida. Quando o crédito constar de escritura pública, prevalecerá a prioridade da notificação. Todas essas regras constam do art. 292 da codificação privada que esclarece a funcionalidade da cessão de crédito,

tratando de figura análoga ao credor putativo, na aparência.

Independentemente do conhecimento da cessão pelo devedor, pode o cessionário exercer os atos conservatórios do direito cedido (art. 293 do CC). Desse modo, a ausência de notificação do devedor não obsta a que o cessionário exerça todos os atos necessários à conservação do crédito objeto da cessão, como a competente ação de cobrança ou de execução por quantia certa.

O devedor pode opor ao cessionário as exceções que lhe competirem, bem como as que, no momento em que veio a ter conhecimento da cessão, tinha contra o cedente (art. 294 do CC). Portanto, as defesas que o cedido teria contra o cedente (antigo credor) podem também ser opostas contra o cessionário (novo credor), como é o caso, por exemplo, do pagamento (total ou parcial) ou da prescrição da dívida.

Ao contrário do pagamento com sub-rogação, a cessão de crédito pode ser onerosa. No último caso, o cedente, ainda que não se responsabilize expressamente, fica responsável ao cessionário pela *existência* do crédito ao tempo em que lhe cedeu (art. 295 do CC). Deve ficar claro que essa responsabilidade é tão somente quanto à existência da dívida, o que não atinge a sua validade. A mesma responsabilidade lhe cabe nas cessões por título gratuito ou oneroso, se tiver procedido de má-fé. Incumbe à outra parte o ônus de provar essa má-fé, que induz culpa, gerando o dever de o cedente ressarcir eventuais perdas e danos.

Exemplo típico em que ocorre a cessão de crédito onerosa é o contrato de *faturização* ou *factoring*. Nesse contrato, o faturizado transfere ao faturizador, no todo ou em parte, créditos decorrentes de suas atividades empresárias mediante o pagamento de uma remuneração, consistente no desconto sobre os respectivos valores, de acordo com os montantes dos créditos. Nesse contrato, em outras palavras, os títulos de crédito são *vendidos* por valores menores.

Em regra, o cedente não responde pela solvência do devedor ou cedido (art. 296 do CC). Portanto, para o Direito Civil brasileiro, a cessão de crédito é *pro soluto*, sendo a regra geral. Isso ocorre no contrato de *factoring*, por exemplo, situação em que o faturizado não responde perante o faturizador pela solvência do devedor, sendo a ausência de responsabilidade um risco decorrente da natureza do negócio.

Em havendo previsão de responsabilidade pela solvência do cedido no instrumento obrigacional, a cessão é denominada *pro solvendo*. Nesse último caso, o cedente, responsável perante o cessionário pela solvência do devedor, não responde por mais do que daquele recebeu, com os respectivos juros (art. 297 do CC). Mas, nessa hipótese, terá que lhe ressarcir as despesas da cessão e as que o cessionário houver feito com a cobrança.

Determina o art. 298 do CC que o crédito, uma vez penhorado, não pode mais ser transferido pelo credor que tiver conhecimento da penhora. Mas o devedor que o pagar, não tendo notificação dela, fica exonerado, subsistindo somente contra o credor os direitos de terceiro. Esta previsão está

em sintonia com a vedação do enriquecimento sem causa e também com a boa-fé objetiva, de duas formas. Primeiro, ao vedar a transferência do crédito penhorado. Segundo, ao valorizar a conduta do devedor que paga tal dívida penhorada, exonerando-o totalmente.

Para findar o estudo do instituto, é interessante verificar as mais diversas classificações da cessão de crédito:

> I) Quanto à origem:
>
> a) *Cessão legal* – é aquela que decorre da lei, tendo origem na norma jurídica. É a que ocorre em relação aos acessórios da obrigação, no caso da cessão de crédito (art. 287 do CC).
>
> b) *Cessão judicial* – é aquela oriunda de decisão judicial após processo civil regular, como é o caso de decisão que atribui ao herdeiro um crédito do falecido.
>
> c) *Cessão convencional* – é a mais comum de ocorrer na prática, constituindo a cessão decorrente de acordo firmado entre cedente e cessionário por instrumento negocial (*v.g.*, *factoring*).
>
> II) Quanto às obrigações geradas:
>
> a) *Cessão a título oneroso* – assemelha-se ao contrato de compra e venda, diante da presença de uma remuneração. Pelo fato de poder ser onerosa, a cessão de crédito difere-se da sub-rogação.
>
> b) *Cessão a título gratuito* – assemelha-se ao contrato de doação, pela ausência de caráter oneroso. Nesse ponto até pode se confundir com o pagamento com sub-rogação. Entretanto, no plano conceitual, a cessão de crédito é forma de transmissão da obrigação, enquanto a sub-rogação é uma regra especial de pagamento ou forma de pagamento indireto.
>
> III) Quanto à extensão:
>
> a) *Cessão total* – é aquela em que o cedente transfere todo o crédito objeto da relação obrigacional.
>
> b) *Cessão parcial* – é aquela em que o cedente retém parte do crédito consigo.
>
> IV) Quanto à responsabilidade do cedente:
>
> a) *Cessão pro soluto* – é aquela que confere quitação plena e imediata do débito do cedente para com o cessionário, exonerando o cedente. Constitui a regra geral, não havendo responsabilidade do cedente pela solvência do cedido (art. 296 do CC).
>
> b) *Cessão pro solvendo* – é aquela em que a transferência do crédito é feita com intuito de extinguir a obrigação apenas quando o crédito for efetivamente cobrado. Deve estar prevista pelas partes, situação em que o cedente responde perante o cessionário pela solvência do cedido (art. 297 do CC).

Ressalte-se que as classificações esposadas são de vital importância para a compreensão do instituto da cessão de crédito, tão comum na prática do Direito Privado nacional.

3.7.3 Da cessão de débito ou assunção de dívida

A cessão de débito ou assunção de dívida é um negócio jurídico bilateral, pelo qual o devedor, com a anuência do credor e de forma expressa ou tácita, transfere a um terceiro a posição de sujeito passivo da relação obrigacional. Seu conceito pode ser retirado também do art. 299 do CC/2002, pelo qual "é facultado a terceiro assumir a obrigação do devedor, com o consentimento expresso do credor, ficando exonerado o devedor primitivo, salvo se aquele, ao tempo da assunção, era insolvente e o credor o ignorava". Prevê o parágrafo único desse dispositivo que "qualquer das partes pode assinar prazo ao credor para que consinta na assunção da dívida, interpretando-se o seu silêncio como recusa". Na assunção de dívida, portanto, quem cala, *não* consente.

Com relação a esse dispositivo, o Enunciado n. 16 aprovado na *I Jornada de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal tem a seguinte redação: "o art. 299 do Código Civil não exclui a possibilidade da assunção cumulativa da dívida quando dois ou mais devedores se tornam responsáveis pelo débito com a concordância do credor". Pelo teor do enunciado, nessa assunção cumulativa ou *coassunção*, são possíveis duas situações:

1.ª) Dois novos devedores responsabilizam-se pela dívida.

2.ª) O antigo devedor continua responsável, em conjunto com o novo devedor.

Como partes da assunção de dívida, têm-se o antigo devedor (cedente), o novo devedor (cessionário) e o credor (cedido). Esse novo devedor, que assume a dívida, também é denominado *terceiro assuntor*. Desse modo, na assunção de dívida, ocorre a substituição do devedor, sem alteração na substância do vínculo obrigacional.

Repise-se que não se pode confundir a cessão de débito com a novação subjetiva passiva. Enquanto na cessão de débito mantém-se a integridade da relação obrigacional, isso não ocorre na novação subjetiva, situação em que uma dívida é substituída por outra.

Porém, a cessão de débito recebe a mesma classificação da novação subjetiva passiva, qual seja:

a) *Assunção por expromissão* – é a situação em que terceira pessoa assume espontaneamente o débito da outra, sendo que o devedor originário não toma parte nessa operação. Essa forma de assunção pode ser: *liberatória*, quando o devedor primitivo se exonera da obrigação; e *cumulativa*, quando o expromitente entra na relação como novo devedor, ao lado do devedor primitivo, conforme tratamento dado pelo outrora comentado Enunciado n. 16 do CJF/STJ.

b) *Assunção por delegação* – é a situação em que o devedor originário, denominado delegante, transfere o débito a terceiro (delegatário), com anuência do credor (delegado).

Essa classificação é normalmente utilizada pela doutrina.[44] Entretanto, entendemos ser mais pertinente utilizá-la somente para a novação subjetiva passiva, como era de costume antes do

CC/2002. De qualquer forma, na prática, podem tais expressões ser utilizadas tanto para a novação quanto para a assunção da dívida.

Verificada essa classificação, parte-se para a análise dos dispositivos inovadores, que constam da atual codificação.

Dispõe o art. 300 do Código Civil de 2002 que, como regra geral, devem ser consideradas extintas todas as garantias especiais dadas ao credor, salvo consentimento expresso do devedor primitivo. Para esclarecer o teor do dispositivo, na *IV Jornada de Direito Civil* foi aprovado o Enunciado n. 352, prevendo que: "Salvo expressa concordância dos terceiros, as garantias por eles prestadas se extinguem com a assunção de dívida; já as garantias prestadas pelo devedor primitivo somente são mantidas no caso em que este concorde com a assunção". Ato contínuo de explicação, na *V Jornada de Direito Civil* foi aprovado o seguinte enunciado doutrinário, de autoria de Mário Luiz Delgado: "A expressão 'garantias especiais' constantes do artigo 300 do CC/2002 refere-se a todas as garantias, quaisquer delas, reais ou fidejussórias, que tenham sido prestadas voluntária e originariamente pelo devedor primitivo ou por terceiro, vale dizer, aquele que dependeram da vontade do garantidor, devedor ou terceiro, para se constituírem" (Enunciado n. 422).

De acordo com o art. 301 do CC, se anulada a assunção de dívida, restaura-se o débito com relação ao devedor primitivo, com todas as suas garantias, salvo aquelas prestadas por terceiros, exceto se o terceiro conhecia o vício da obrigação (art. 301 do CC). Vejamos um exemplo para explicar tão complicada norma: *A* cede o débito a *B*, que é garantido por uma fiança prestada por *C*. O credor é *D*. A cessão é anulada por ação judicial, pela presença de dolo de *A*. Em regra, a dívida original é restabelecida, estando exonerado o fiador. Porém, se o fiador tiver conhecimento do vício, continuará responsável. O Código Civil, portanto, responsabiliza aquele que age de má-fé, em sintonia com a eticidade.

Diante da tendência de proteção da boa-fé, deve-se concluir que o art. 301 também tem incidência para os negócios nulos, sendo esse o sentido de enunciado aprovado na *V Jornada de Direito Civil*, a qual se filia: "O art. 301 do CC deve ser interpretado de forma a também abranger os negócios jurídicos nulos e no sentido da continuidade da relação obrigacional originária, em vez de 'restauração', porque, envolvendo hipótese de transmissão, esta nunca deixou de existir" (Enunciado n. 423).

Nos termos do art. 302 do CC, não poderá o devedor opor ao credor as exceções pessoais que detinham o devedor primitivo. Isso se aplica aos vícios do consentimento, à incapacidade absoluta e relativa e à falta de legitimação.

Por fim, o art. 303 do atual Código determina que o adquirente de imóvel hipotecado pode tomar a seu cargo o pagamento do crédito ora garantido. Se não for impugnada a transferência do crédito pelo credor, em trinta dias, entender-se-á dado o consentimento. Na *IV Jornada de Direito*

Civil, aprovou-se o Enunciado n. 353, prevendo que a recusa do credor, quando notificado pelo adquirente de imóvel hipotecado, comunicando-lhe o interesse em assumir a obrigação, deve ser justificada. Trata-se de correta aplicação da boa-fé para a assunção de dívida, diante do dever de informar existente entre as partes. Em complemento, na *V Jornada de Direito Civil* foi aprovado outro enunciado doutrinário sobre o comando, estabelecendo que "A comprovada ciência de que o reiterado pagamento é feito por terceiro no interesse próprio, produz efeitos equivalentes aos da notificação de que trata o art. 303, segunda parte" (Enunciado n. 424). Trata-se de mais um enunciado que merece apoio, pelo prestígio à boa-fé e à aparência.

3.7.4 Da cessão de contrato

Apesar de não ser regulamentada em lei, a cessão de contrato ou cessão da posição contratual tem existência jurídica como negócio jurídico atípico. Nesse contexto, a categoria se enquadra no art. 425 do CC: "É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código".

A cessão de contrato pode ser conceituada como sendo a transferência da inteira posição ativa ou passiva da relação contratual, incluindo o conjunto de direitos e deveres de que é titular uma determinada pessoa. A cessão de contrato quase sempre está relacionada com um negócio cuja execução ainda não foi concluída.

Para que a cessão do contrato seja perfeita, é necessária a autorização do outro contratante, como ocorre com a cessão de débito ou assunção de dívida. Isso porque a posição de devedor é cedida com o contrato.

A cessão de contrato tem grande e relevante função social, estando em sintonia com o art. 421 do CC. Isso porque o instituto possibilita a circulação do contrato, permitindo que um estranho ingresse na relação contratual, substituindo um dos contratantes primitivos.

Ilustrando, essa forma de transmissão ocorre em casos como na locação em que for admitida a sublocação, no compromisso de compra e venda (contrato com pessoa a declarar – arts. 467 a 471 do CC) e no mandato, com a previsão de substabelecimento.

Outro exemplo prático envolvendo a cessão de contrato envolve o *contrato de gaveta*. Em negócios de incorporação imobiliária é comum que o comprador ceda a sua posição contratual a outrem, sem a ciência ou concordância do vendedor. A jurisprudência nacional é dividida sobre a validade ou não dessa cessão contratual, justamente diante da ausência de concordância da outra parte contratual.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tinha entendimento anterior no sentido de que se o compromissário comprador transmite o negócio para outrem (chamado de gaveteiro), mesmo

sem autorização da outra parte, seria possível que esse terceiro pretendesse direitos em face do vendedor, inclusive de revisão do negócio (STJ, AgRg no REsp 712.315-PR, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4.ª Turma, *DJ* 19.06.2006; REsp 710.805-RS, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, 2.ª Turma, *DJ* 13.02.2006; REsp 753.098-RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJ* 03.10.2005).

Existiam decisões que apontavam como argumento o fato de a Lei 10.150/2000 permitir a regularização da transferência do imóvel ao *gaveteiro* (STJ, EDcl no REsp 573.059-RS, 1.ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, *DJ* 30.05.2005 e REsp 189.350-SP, 4.ª Turma, Rel. Min. Asfor Rocha, *DJ* 14.10.2002). Na opinião deste autor, as melhores ementas eram as que relacionavam todo o raciocínio com o princípio da função social do contrato, o que representa notável avanço para o mundo contratual (por todos: STJ, AgRg no REsp 838.127/DF, 1.ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 17.02.2009, *DJe* 30.03.2009 e REsp 769.418/PR, 1.ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 15.05.2007).

Todavia, infelizmente, houve uma reviravolta no entendimento superior nos últimos anos. Passou-se a entender que, "tratando-se de contrato de mútuo para aquisição de imóvel garantido pelo FCVS, avençado até 25/10/96 e transferido sem a interveniência da instituição financeira, o cessionário possui legitimidade para discutir e demandar em juízo questões pertinentes às obrigações assumidas e aos direitos adquiridos. (...). No caso de cessão de direitos sobre imóvel financiado no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação realizada após 25/10/1996, a anuência da instituição financeira mutuante é indispensável para que o cessionário adquira legitimidade ativa para requerer revisão das condições ajustadas, tanto para os contratos garantidos pelo FCVS como para aqueles sem referida cobertura" (STJ, REsp 1.150.429/CE, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Corte Especial, j. 25.04.2013, *DJe* 10.05.2013, publicado no seu *Informativo* n. *520*).

Muitas outras decisões seguem essa linha, que é a predominante hoje na jurisprudência superior, servindo a ementa recente como exemplo dessa consolidação. Como se pode notar, o aresto é de decisão proferida pela Corte Especial do STJ, unificando a questão no Tribunal.

Em suma, na atualidade, é preciso verificar quando o negócio foi celebrado para a conclusão da necessidade ou não da autorização do promitente vendedor e da instituição financeira que subsidia o negócio. Com o devido respeito, não se filia a essa guinada no posicionamento superior, pois o contrato de gaveta representa realidade a ser reconhecida no meio imobiliário brasileiro, como concretização da função social dos institutos privados.

3.8 DO INADIMPLEMENTO OBRIGACIONAL. DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL

3.8.1 Modalidades de inadimplemento

Conforme outrora exposto, o inadimplemento é matéria de grande relevância para a teoria geral das obrigações, sendo comum afirmar que o maior interesse jurídico que se tem quanto à obrigação surge justamente nos casos em que ela não é satisfeita. Assim sendo, há que se falar em inadimplemento da obrigação, em inexecução ou descumprimento, surgindo a *responsabilidade civil contratual*, baseada nos arts. 389 a 391 do CC. Em complemento, nasce daí o dever de indenizar as perdas e danos, conforme ordenam os seus arts. 402 a 404, sem prejuízo de aplicação de outros dispositivos, caso do art. 5.º, V e X, da Constituição Federal, que tutelam os danos morais.

De acordo com a visão clássica, o inadimplemento em sentido genérico pode ocorrer em dois casos específicos:

→ *Inadimplemento relativo, parcial ou mora* – é a hipótese em que há apenas um descumprimento parcial da obrigação, que ainda pode ser cumprida.

→ *Inadimplemento total ou absoluto* – é a hipótese em que a obrigação não pode ser mais cumprida, tornando-se inútil ao credor.

Desse modo, o critério para distinguir a mora do inadimplemento absoluto da obrigação é a *utilidade* da obrigação para o credor, o que pode ser retirado do art. 395 do CC. Por uma questão lógica, deve-se compreender que os efeitos decorrentes da mora são menores do que os efeitos do inadimplemento absoluto, eis que no segundo caso a obrigação não pode mais ser cumprida.

Além dessas duas formas de descumprimento parcial ou total apontadas, a doutrina atual tem discorrido também sobre a *violação positiva do contrato* e o *cumprimento inexato* ou *defeituoso* como formas de inadimplemento da obrigação ou do contrato. Sobre a violação positiva do contrato, ensina Jorge Cesa Ferreira da Silva:

> "A ideia de violação positiva do contrato – ou 'violação positiva do crédito', como é costumeiramente chamada na Alemanha, nasceu de estudo famoso de Hermann Staub, importante jurista alemão do final do século XIX e início do século XX. Em 1902, dois anos após a entrada em vigor do BGB, Staub reconheceu no então novo Código a existência de lacunas no regramento do inadimplemento: para além do inadimplemento absoluto (lá chamado de impossibilidade) e da mora, existiriam outras hipóteses não reguladas, apesar de igualmente configurarem inadimplemento. Para ele, tanto o inadimplemento absoluto quanto a mora correspondiam a violações negativas do crédito: no primeiro, a prestação não é realizada, no segundo, a prestação não é realizada no momento adequado. Já as hipóteses por ele elencadas acarretariam descumprimento obrigacional exatamente porque a prestação foi realizada. Por isso, para diferenciar esses casos dos anteriores, entendeu chamar essas hipóteses de violações positivas do contrato".[45]

A partir dessa visão, em um primeiro momento, haveria violação positiva do contrato nos casos de cumprimento inexato ou imperfeito da obrigação. Tal cumprimento inexato estaria presente nos casos de vícios redibitórios que atingem a coisa (arts. 441 a 446 do CC); bem como havendo vícios do produto ou do serviço, nos termos do Código de Defesa do Consumidor.

De qualquer forma, a este autor parece que o conceito de mora, previsto no atual Código Civil brasileiro, também inclui o cumprimento inexato. Isso porque, nos termos do art. 394 do CC, a mora está configurada quando houver um cumprimento parcial não somente em relação ao tempo, mas também quanto ao lugar e à forma de cumprimento. Em conclusão, o cumprimento inexato, pelo Código Civil brasileiro, é espécie de mora.

Todavia, ainda dentro da ideia de violação positiva do contrato, surge a quebra dos deveres anexos ou laterais de conduta, decorrente da boa-fé objetiva. A tese dos *deveres anexos, laterais ou secundários* foi muito bem explorada, entre nós, por Clóvis Couto e Silva, para quem "Os deveres secundários comportam tratamento que abranja toda a relação jurídica. Assim, podem ser examinados durante o curso ou o desenvolvimento da relação jurídica, e, em certos casos, posteriormente ao adimplemento da obrigação principal. Consistem em indicações, atos de proteção, como o dever de afastar danos, atos de vigilância, da guarda de cooperação, de assistência".[46] Repise-se que o jurista sustenta que o contrato e a obrigação trazem um *processo de colaboração* entre as partes decorrente desses deveres anexos ou secundários, que devem ser respeitados pelas partes em todo o curso obrigacional. Dessa ideia é que surge o conceito de *obrigação como processo*.

A esse propósito, conforme se retira da tese de doutorado defendida por Marcos Ehrhardt Jr. na Universidade Federal de Pernambuco, "deve-se extrair o conceito de inadimplemento da perspectiva da relação obrigacional como um processo, isto é, levando-se em conta tanto os deveres de prestação quanto os deveres de conduta, bem como os interesses do credor e devedor, enquanto reflexo de suas necessidades juridicamente legítimas. Como visto, a perturbação das prestações obrigacionais corresponde ao gênero do qual seria possível extrair as espécies de inadimplemento absoluto (incumprimento definitivo), mora e violação positiva da obrigação (violação positiva do crédito)".[47]

Ora, a quebra desses deveres anexos também gera a *violação positiva do contrato*, com responsabilização civil daquele que desrespeita a boa-fé objetiva. Isso pode ser evidenciado pelo teor do Enunciado n. 24, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, em 2002, com o seguinte teor: "Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa".

Como tal violação pode estar presente nas fases pré e pós-contratual, a este autor parece *que se trata de uma nova modalidade de inadimplemento, que deve figurar ao lado do inadimplemento absoluto e do relativo*. Exemplificando, cite-se o dever do credor de retirar o nome do devedor de cadastro de inadimplentes após o pagamento da dívida. Destaque-se que a própria jurisprudência superior tem reconhecido que tal quebra gera inadimplemento da obrigação:

"Recurso especial. Civil. Indenização. Aplicação do princípio da boa-fé contratual. Deveres anexos ao contrato. – O

princípio da boa-fé se aplica às relações contratuais regidas pelo CDC, impondo, por conseguinte, a obediência aos deveres anexos ao contrato, que são decorrência lógica deste princípio. – O dever anexo de cooperação pressupõe ações recíprocas de lealdade dentro da relação contratual. – A violação a qualquer dos deveres anexos implica em inadimplemento contratual de quem lhe tenha dado causa. – A alteração dos valores arbitrados a título de reparação de danos extrapatrimoniais somente é possível, em sede de Recurso Especial, nos casos em que o *quantum* determinado revela-se irrisório ou exagerado. Recursos não providos" (STJ, REsp 595.631/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 08.06.2004, *DJ* 02.08.2004, p. 391).

Superado esse conceito importante, que ainda merece estudo e reflexão por toda a comunidade jurídica nacional, passa-se à abordagem dos regramentos básicos quanto à mora e ao inadimplemento absoluto.

3.8.2 Regras quanto ao inadimplemento relativo ou mora

A mora é o atraso, o retardamento ou a imperfeita satisfação obrigacional, havendo um inadimplemento relativo. O conceito de mora pode também ser retirado da leitura do art. 394 do CC, cujo teor é: "considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não o quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer". Assim, repise-se que mora não é apenas um inadimplemento temporal, podendo estar relacionada com o lugar ou a forma de cumprimento. Ademais, pelo que consta desse comando legal, percebe-se que há duas espécies de mora.

Primeiro, há a mora do devedor, denominada mora *solvendi*, *debitoris* ou *debendi*. Esse inadimplemento estará presente nas situações em que o devedor não cumpre, por culpa sua, a prestação referente à obrigação, de acordo com o que foi pactuado. Prevê o art. 396 do CC que não havendo fato ou omissão imputado ao devedor, não incorre este em mora. Assim, a doutrina tradicional sempre apontou que a culpa genérica (incluindo o dolo e a culpa estrita) é fator necessário para a sua caracterização.[48]

Entretanto, existem outras vozes na doutrina contemporânea deduzindo que a culpa não é fator necessário e indispensável para a caracterização da mora do devedor. Dentro dessa corrente está Judith Martins-Costa, defendendo que muitas vezes a culpa não estará presente, o que não prejudica a caracterização do atraso. Cita, por exemplo, os casos envolvendo uma obrigação de resultado assumida, situações em que a análise da culpa é dispensada.[49] A jurista tem razão, eis que nos casos de responsabilidade objetiva ou sem culpa da parte obrigacional, a mora também prescinde da prova de tal elemento subjetivo. Ilustre-se, em reforço, a responsabilidade objetiva do transportador.

O principal efeito da mora do devedor é a responsabilização do sujeito passivo da obrigação por todos os prejuízos causados ao credor, mais juros, atualização monetária – segundo índices oficiais – e honorários do advogado, no caso de propositura de uma ação específica (art. 395, *caput*,

do CC).

Em complemento, se em decorrência da mora a prestação tornar-se inútil ao credor, este poderá rejeitá-la, cabendo a resolução da obrigação com a correspondente reparação por perdas e danos. No último caso, a mora é convertida em inadimplemento absoluto (parágrafo único do art. 395 do CC). Em relação a tal comando, foi aprovado, na *III Jornada de Direito Civil*, o Enunciado n. 162, com o seguinte teor: "A inutilidade da prestação que autoriza a recusa da prestação por parte do credor deve ser aferida objetivamente, consoante o princípio da boa-fé e a manutenção do sinalagma, e não de acordo com o mero interesse subjetivo do credor".

Dessa forma, é preciso analisar a utilidade da obrigação à luz da função social das obrigações e dos contratos, da boa-fé objetiva, da manutenção da base estrutural do negócio jurídico, de modo a evitar-se a onerosidade excessiva e o enriquecimento sem causa. Também se deve buscar ao máximo preservar a autonomia privada, o que é aplicação do princípio da conservação dos negócios jurídicos. Dentro dessa ideia, pode ser mencionada a *teoria do adimplemento substancial*. Conforme o Enunciado n. 361, aprovado na *IV Jornada de Direito Civil*: "O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475". São autores do enunciado os juristas Jones Figueirêdo Alves e Eduardo Bussatta, que têm trabalhos de referência sobre o assunto.[50]

Pela *teoria do adimplemento substancial* (*substantial performance*), em hipóteses em que a obrigação tiver sido quase toda cumprida, não caberá a extinção do contrato, mas apenas outros efeitos jurídicos, visando sempre à manutenção da avença. A jurisprudência superior tem aplicado a teoria em casos de mora de pouca relevância em contratos de financiamento:

> "Arrendamento mercantil. Reintegração de posse. Adimplemento substancial. Trata-se de REsp oriundo de ação de reintegração de posse ajuizada pela ora recorrente em desfavor do recorrido por inadimplemento de contrato de arrendamento mercantil (*leasing*) para a aquisição de 135 carretas. A Turma reiterou, entre outras questões, que, diante do substancial adimplemento do contrato, qual seja, foram pagas 30 das 36 prestações da avença, mostra-se desproporcional a pretendida reintegração de posse e contraria princípios basilares do Direito Civil, como a função social do contrato e a boa-fé objetiva. Ressaltou-se que a teoria do substancial adimplemento visa impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, preterindo desfazimentos desnecessários em prol da preservação da avença, com vistas à realização dos aludidos princípios. Assim, tendo ocorrido um adimplemento parcial da dívida muito próximo do resultado final, daí a expressão 'adimplemento substancial', limita-se o direito do credor, pois a resolução direta do contrato mostrar-se-ia um exagero, uma demasia. Dessa forma, fica preservado o direito de crédito, limitando-se apenas a forma como pode ser exigido pelo credor, que não pode escolher diretamente o modo mais gravoso para o devedor, que é a resolução do contrato. Dessarte, diante do substancial adimplemento da avença, o credor poderá valer-se de meios menos gravosos e proporcionalmente mais adequados à persecução do crédito remanescente, mas não a extinção do contrato. Precedentes citados: REsp 272.739-MG, *DJ* 02.04.2001; REsp 1.051.270-RS, *DJe* 05.09.2011, e AgRg no Ag 607.406-RS, *DJ* 29.11.2004" (STJ, REsp 1.200.105/AM, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 19.06.2012, publicado no *Informativo* n. *500* do STJ).

> "Agravo regimental. Venda com reserva de domínio. Busca e apreensão. Indeferimento. Adimplemento substancial do

contrato. Comprovação. Reexame de prova. Súmula 7/STJ. 1. Tendo o *decisum* do Tribunal de origem reconhecido o não cabimento da busca e apreensão em razão do adimplemento substancial do contrato, a apreciação da controvérsia importa em reexame do conjunto probatório dos autos, razão por que não pode ser conhecida em sede de recurso especial a Súmula 7/STJ. 2. Agravo regimental não provido" (STJ, Ag. Rg. 607.406/RS, 4.ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 09.11.2004, *DJ* 29.11.2004, p. 346).

"Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Deferimento liminar. Adimplemento substancial. Não viola a lei a decisão que indefere o pedido liminar de busca e apreensão considerando o pequeno valor da dívida em relação ao valor do bem e o fato de que este é essencial à atividade da devedora. Recurso não conhecido" (STJ, REsp 469.577/SC, 4.ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 25.03.2003, *DJ* 05.05.2003, p. 310, *RNDJ* 43/122).

Nos dois casos, tanto na venda com reserva de domínio quanto na alienação fiduciária em garantia (discute-se se é contrato ou direito real), foi afastada a busca e apreensão da coisa com a consequente resolução do contrato, pois a parte havia cumprido o negócio jurídico substancialmente. Quanto a esse cumprimento relevante, deve-se analisar casuisticamente, tendo em vista a finalidade econômico-social do contrato e da obrigação.

Ainda a respeito do art. 395 do CC, na *IV Jornada de Direito Civil*, foi aprovado o Enunciado n. 354, prevendo que "A cobrança de encargos e parcelas indevidas ou abusivas impede a caracterização da mora do devedor". O enunciado visa a afastar o atraso obrigacional nos casos em que houver cobrança de valores abusivos por parte de credores, principalmente instituições bancárias e financeiras. Afastando-se a mora, nesses casos, torna-se possível a revisão judicial do contrato e da obrigação.

A ementa doutrinária em apreço tem conteúdo bem interessante e está de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (nesse sentido, ver: STJ, AgRg no REsp 903.592/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3.ª Turma, j. 27.03.2007, *DJ* 29.06.2007, p. 622 e STJ, AgRg no REsp 793.588/RS, Rel. Min. Castro Filho, 3.ª Turma, j. 07.12.2006, *DJ* 05.03.2007, p. 283). Aliás, em decisão do ano de 2012, deduziu o STJ que "a contratação expressa da capitalização de juros deve ser clara, precisa e ostensiva, ou seja, as cláusulas devem ser compreensíveis plenamente, não podendo ser deduzida da mera divergência entre a taxa de juros anual e o duodécuplo da taxa de juros mensal. Assim, reconhecida a abusividade dos encargos exigidos no período de normalidade contratual, descaracteriza-se a mora" (STJ, REsp 1.302.738/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 03.05.2012, publicado no *Informativo* n. *496*). O tema da estipulação excessiva dos juros ainda será aprofundado no presente capítulo, com a transcrição detalhada do voto da insigne Ministra.

Conforme o art. 399 do Código atual, o devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso. Entretanto, tal responsabilidade é afastada se o devedor provar isenção total de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada.

Nota-se que o comando representa exceção à regra do art. 393 do CC, pelo qual a parte não responde pelo caso fortuito (evento totalmente imprevisível) ou pela força maior (evento previsível, mas inevitável). Entretanto, se o devedor provar que a perda da coisa objeto da obrigação ocorreria mesmo não havendo o atraso, tal responsabilidade deverá ser afastada. Ilustrando com exemplo clássico, imagine-se um caso em que um devedor está em atraso quanto à obrigação de entregar um cavalo. Ocorre uma enchente em sua fazenda e o cavalo se perde. Em regra, responderá tal devedor por perdas e danos, o que inclui o valor do animal. Mas se ele provar que a enchente também atingiu a fazenda do credor, onde supostamente estaria o animal se não houvesse atraso, tal responsabilidade deverá ser afastada.

Pois bem, especificamente quanto à mora do devedor, esta recebe subclassificação importante.

- Mora *ex re* ou *mora automática* – quando a obrigação for *positiva* (de dar ou fazer), *líquida* (certa quanto à existência e determinada quanto ao valor) e *com data fixada para o adimplemento*. A inexecução da obrigação implica na mora do devedor de forma automática, sem a necessidade de qualquer providência por parte do credor como, por exemplo, a notificação ou interpelação do devedor (art. 397, *caput*, do CC). Em casos assim, tem-se a aplicação da máxima *dies interpellat pro homine* (o dia do vencimento interpela a pessoa).
- Mora *ex persona* ou *mora pendente* – caracterizada se não houver estipulação de termo final para a execução da obrigação assumida. Desse modo, a caracterização do atraso dependerá de uma providência, do credor ou seu representante, por meio de interpelação, notificação ou protesto do credor, que pode ser judicial ou extrajudicial (art. 397, parágrafo único, do CC). A respeito da notificação extrajudicial, via Cartório de Títulos e Documentos, aprovou-se enunciado, na *V Jornada de Direito Civil*, no sentido de se admitir o ato fora da Comarca de domicílio do devedor (Enunciado n. 396), o que vem sendo chancelado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ, REsp 1.283.834/BA, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 2.ª Seção, j. 29.02.2012, *DJe* 09.03.2012. Publicação no *Informativo* n. *492*). A ideia e o julgado merecem aplausos, pela busca de um Direito Civil mais concreto e efetivo e menos formal e burocratizado. Assim, um devedor que está em trânsito, em outro local que não seja a sua residência, poderá ser devidamente notificado.
- Mora *irregular ou presumida* (conceito de Orlando Gomes) – está prevista no art. 398 do atual Código, pelo qual: "Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou".[51] Cite-se, que em um acidente de trânsito o agente é considerado em mora desde a prática o ato.

Como visto previamente, além da mora do devedor, há ainda a mora do credor, também denominada mora *accipiendi, creditoris* ou *credendi*. Esta, apesar de rara, se faz presente nas situações em que o credor se recusa a aceitar o adimplemento da obrigação no tempo, lugar e forma pactuados, sem ter justo motivo para tanto. Para a sua configuração basta o mero atraso ou inadimplemento relativo do credor, não se discutindo a culpa deste. A mora do credor gera três efeitos, nos termos do art. 400 do CC:

→ Afastar do devedor isento de dolo a responsabilidade pela conservação da coisa, não respondendo ele por conduta culposa (imprudência, negligência ou imperícia) que gerar a perda do objeto obrigacional.

→ Obrigar o credor a ressarcir o devedor pelas despesas empregadas na conservação da coisa.

→ Sujeitar o credor a receber a coisa pela estimação mais favorável ao devedor, se o seu valor oscilar entre o tempo do contrato e o do cumprimento da obrigação.

Em reforço, é fundamental lembrar que a mora do credor cria a possibilidade da consignação judicial ou extrajudicial do objeto obrigacional, nos termos dos arts. 890 do CPC e 334 do CC/2002.

Ainda a respeito da classificação da mora, de acordo com a doutrina, quando as moras são simultâneas – mora do devedor e do credor em uma mesma situação –, uma elimina a outra, como se nenhuma das partes houvesse incorrido em mora. Ocorre, nesse sentido, uma espécie de *compensação dos atrasos*.[52]

Por fim, cumpre abordar a *purgação* ou *emenda da mora*, que significa afastar os efeitos decorrentes do inadimplemento parcial, principalmente do atraso no cumprimento. Nos termos do art. 401 do CC, a purgação da mora pode se dar de duas formas:

I – por parte do devedor, oferecendo este a prestação mais a importância dos prejuízos decorrentes do dia da oferta;

II – por parte do credor, oferecendo-se este a receber o pagamento e sujeitando-se aos efeitos da mora até a mesma data.

As duas premissas são regras gerais, sendo certo que existem regras especiais a respeito da purgação da mora, como a que consta do art. 62 da Lei 8.245/1991, para as locações imobiliárias urbanas.

Para encerrar o tema, não se pode confundir a *purgação da mora* com a *cessação da mora*. As diferenças entre os dois institutos são muito bem demonstradas por Maria Helena Diniz.[53] Para a Professora Titular da PUCSP, ocorre a purgação da mora por meio de ato espontâneo do sujeito obrigacional em atraso, que visa remediar a situação a que deu causa, evitando os seus efeitos decorrentes e reconduzindo a obrigação à situação de normalidade. A purgação ou emenda da mora somente produz efeitos para o futuro (*ex nunc*), não destruindo os efeitos danosos produzidos desde o dia da incidência em mora. Por outra via, a cessação da mora, "ocorrerá por um fato extintivo de efeitos pretéritos e futuros, como sucede quando a obrigação se extingue com a novação, remissão de dívidas ou renúncia do credor".[54]

3.8.3 Regras quanto ao inadimplemento absoluto da obrigação

Não cumprindo o sujeito passivo a prestação, passa ele a responder pelo valor correspondente ao objeto obrigacional, acrescido das demais perdas e danos, mais juros compensatórios, cláusula penal (se prevista), atualização monetária, custas e honorários de advogado (art. 389 do CC).

A respeito dos honorários advocatícios mencionados no dispositivo, conforme o Enunciado n.

161 da *III Jornada de Direito Civil*, “apenas têm cabimento quando ocorre efetiva atuação profissional do advogado”. O enunciado tende a afastar a atuação de pessoas inidôneas e até de empresas especializadas que exploram a atividade de cobrança de valores, cobrando honorários mesmo sem a intervenção de advogados regularmente inscritos nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, o que é realmente condenável.

Ainda no que concerne aos honorários advocatícios, surgem dúvidas quanto à previsão do art. 389 do CC, sem prejuízo de outros dispositivos do Código que fazem menção a eles (cite-se, por exemplo, o art. 404 do CC). O principal questionamento é o seguinte: esses honorários são os sucumbenciais, previstos no CPC; ou são os contratuais, geralmente cobrados pelos advogados para ingresso da ação? Entendemos que tais honorários são os contratuais, pois não é à toa a previsão que consta do Código Civil, não se confundindo com os honorários de sucumbência, tratados pelo art. 20 do CPC (nesse sentido, ver: TJSP, Apelação Cível 7329518-2, Acórdão 3588232, São Paulo, 11.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Renato Rangel Desinano, j. 02.04.2009, *DJESP* 12.05.2009 e TJSP, Apelação 7074234-0, Acórdão 3427442, São José dos Campos, 12.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Rui Cascaldi, j. 03.12.2008, *DJESP* 04.02.2009). Atualizando a presente obra, consigne-se que a tese foi recentemente adotada pelo STJ, em acórdão assim extraído de seu *Informativo* n. *477*, de junho de 2011:

> “Honorários advocatícios contratuais. Perdas. Danos. Cuida-se de ação de cobrança cumulada com compensação por danos morais ajuizada na origem por transportadora (recorrida) contra seguradora (recorrente) em que alegou haver a recusa de pagamento dos prejuízos advindos de acidente que envolveu o veículo segurado. Requereu o pagamento da cobertura securitária e a reparação pelos danos materiais e morais sofridos com a injusta recusa. Também pleiteou o ressarcimento das despesas com a contratação de advogados para o ajuizamento da ação. O juiz julgou parcialmente procedente o pedido, condenando a recorrente ao pagamento de mais de R$ 65 mil, porém o TJ deu parcial provimento à apelação interposta pela recorrente e parcial provimento à apelação adesiva interposta pela recorrida para condenar a recorrente a restituir o valor despendido pela recorrida com os honorários advocatícios contratuais. No REsp, discute-se apenas se estes integram os valores devidos a título de reparação por perdas e danos. Assevera a Min. Relatora que o CC/2002, nos arts. 389, 395 e 404, determina, de forma expressa, que os honorários advocatícios integram os valores devidos a título de reparação por perdas e danos – explica que os honorários mencionados pelos referidos artigos são os honorários contratuais, pois os sucumbenciais, por constituir crédito autônomo do advogado, não importam decréscimo patrimonial do vencedor da demanda. Assim, a seu ver, como os honorários convencionais são retirados do patrimônio da parte lesada – para que haja reparação integral do dano sofrido –, aquele que deu causa ao processo deve restituir os valores despendidos com os honorários contratuais. Contudo, esclarece que, embora os honorários convencionais componham os valores devidos pelas perdas e danos, o valor cobrado pela atuação do advogado não pode ser abusivo, cabendo ao juiz analisar as peculiaridades de cada caso e, se for preciso, arbitrar outro valor, podendo para isso utilizar como parâmetro a tabela de honorários da OAB. Destaca que, na hipótese, não houve pedido da recorrente quanto ao reconhecimento da abusividade das verbas honorárias e, por essa razão, a questão não foi analisada. Diante do exposto, a Turma negou provimento ao recurso” (STJ, REsp. 1.134.725/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 14.06.2011).

Esperava-se que na *V Jornada de Direito Civil* (novembro de 2011), um enunciado fosse aprovado no sentido de se reconhecer que os honorários mencionados pelos dispositivos do Código

Civil são os contratuais e não os de sucumbência. Ressalte-se que propostas foram feitas nesse sentido. Todavia, muito timidamente, a comissão de obrigações aprovou outro teor, menos abrangente do que a tese que aqui se defende: "Os honorários advocatícios previstos no art. 389 do Código Civil não se confundem com as verbas de sucumbência, que, por força do art. 23 da Lei 8.906/94, pertencem ao advogado" (Enunciado n. 426).

Superado esse ponto, nas obrigações negativas (de não fazer), o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que o ato é executado (art. 390 do CC). A regra vale tanto para o inadimplemento absoluto quanto ao relativo. De outra forma, pode-se dizer que nas obrigações negativas o devedor é considerado em mora a partir do momento em que pratica o ato.

Complementando, determina o art. 391 da atual codificação privada que pelo inadimplemento do devedor respondem todos os seus bens, o que consagra o *princípio da imputação civil dos danos*, ou *princípio da responsabilidade patrimonial do devedor*. Como outrora esclarecido não são todos os bens que respondem, pois existem bens que são impenhoráveis, como aqueles que constam do art. 649 do CPC.

Nos contratos benéficos, responderá por culpa aquele que tem benefícios com o contrato e por dolo aquele a quem não favoreça (art. 392 do CC). A ilustrar, no comodato, o comodatário responde por culpa ou dolo, enquanto o comodante apenas por dolo (ação ou omissão voluntária, intencional). Pelo mesmo art. 392 do Código, nos contratos onerosos o inadimplemento das partes decorre de sua conduta culposa, o que denota a *responsabilidade subjetiva como regra também no caso de responsabilidade civil contratual*. A última regra se aplica à compra e venda, por exemplo.

De toda sorte, mesmo presente a responsabilidade culposa do devedor, a doutrina de ontem e de hoje sustenta a inversão do ônus da prova a favor do credor, se for comprovada a violação do dever contratual. Sintetizando tal forma de pensar, o Enunciado n. 548, da *VI Jornada de Direito Civil* (2013), expressa que, caracterizada a violação de dever contratual, incumbe ao devedor o ônus de demonstrar que o fato causador do dano não lhe pode ser imputado.

Feita tal pontuação, complementando a ideia da responsabilidade subjetiva, o art. 393 do CC enuncia que, em regra, a parte obrigacional não responde por caso fortuito ou força maior, a não ser que isso tenha sido convencionado, por meio da *cláusula de assunção convencional*.

Nos casos de inadimplemento absoluto, a principal consequência refere-se ao pagamento de perdas e danos, previstas entre os arts. 402 a 404 do CC. Na realidade, há ainda o art. 405, inserido na mesma seção. Porém, entendemos que tal dispositivo legal está mal colocado, eis que trata mais propriamente da matéria de juros.

Pelo art. 402 do CC, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que *ele efetivamente perdeu*, o *que razoavelmente deixou de lucrar*. No primeiro caso, há os *danos emergentes ou danos positivos*, caso dos valores desembolsados por alguém e da perda patrimonial

pretérita efetiva. No segundo caso, os *lucros cessantes* ou *danos negativos*, constituídos por uma frustração de lucro.

Determina o art. 403 da mesma codificação que ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, "as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual". Por isso, não é possível a reparação de dano hipotético ou eventual, conforme o pronunciamento comum da doutrina e da jurisprudência nacional (nesse sentido, por todos, ver: STJ, REsp 965.758/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 19.08.2008, *DJe* 03.09.2008). A lei exige, portanto, o *dano efetivo* como corolário da indenização.

Por fim, segundo o art. 404 do CC/2002, as perdas e os danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional.

As perdas e danos referenciados na atual codificação privada apenas tratam dos danos materiais. Todavia, anote-se que outros danos podem surgir do inadimplemento obrigacional, caso dos danos morais (art. 5.º, V e X, da CF/1988) e dos danos estéticos (Súmula 387 do STJ).

3.8.4 Dos juros no Código Civil de 2002

Aprofundando a análise da responsabilidade contratual, um dos principais efeitos do inadimplemento da obrigação é a incidência de juros a serem suportados pelo devedor. Os juros podem ser conceituados como sendo frutos civis ou rendimentos, devidos pela utilização de capital alheio. No âmbito do Direito Civil, os juros podem ser assim classificados:

> I) Quanto à origem:
>
> a) *Juros convencionais* – decorrem de acordo entre as partes.
>
> b) *Juros legais* – decorrem da norma jurídica.
>
> II) Quanto à relação com o inadimplemento:
>
> *a) Juros moratórios* – Constituem um ressarcimento imputado ao devedor pelo descumprimento parcial da obrigação. Como regra geral, os juros moratórios são devidos desde a constituição em mora e independem da alegação e prova do prejuízo suportado (art. 407 do CC).
>
> *b) Juros compensatórios* ou *remuneratórios* – São aqueles que decorrem de uma utilização consentida do capital alheio, como nos casos de inadimplemento total da obrigação.

A respeito dos juros legais moratórios, enuncia o art. 406 do CC que mesmo não estando previstos pelas partes, serão devidos de acordo com a taxa que "estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional". Na opinião deste autor, o correto posicionamento a respeito desse dispositivo é ser a taxa mencionada aquela prevista no art. 161, § 1.º, do Código Tributário Nacional, ou seja, 1% ao mês (12% ao ano). Nesse sentido, o Enunciado doutrinário 20 da *I Jornada de Direito Civil, com conteúdo a que se filia:*

> "A taxa de juros moratórios a que se refere o art. 406 é a do art. 161, § 1.º, do Código Tributário Nacional, ou seja, 1% (um por cento) ao mês. A utilização da taxa Selic como índice de apuração dos juros legais não é juridicamente segura, porque impede o prévio conhecimento dos juros; não é operacional, porque o seu uso será inviável sempre que se calcularem somente juros ou somente correção monetária; é incompatível com a regra do art. 591 do novo Código Civil, que permite apenas a capitalização anual dos juros, e pode ser incompatível com o art. 192, § 3.º, da Constituição Federal, se resultarem juros reais superiores a 12% (doze por cento) ao ano".

Consigne-se que esse enunciado doutrinário vem sendo aplicado em vários julgados do Superior Tribunal de Justiça (nesse sentido, por todos, ver: STJ, AgRg no REsp 1.089.213/RS, Rel. Min. Haroldo Rodrigues (Desembargador Convocado do TJ/CE), 6.ª Turma, j. 01.09.2009, *DJe* 21.09.2009; AgRg no REsp 668.009/SE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2.ª Turma, j. 10.02.2009, *DJe* 11.03.2009 e AgRg no REsp 765.891/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, 2.ª Turma, j. 06.12.2007, *DJe* 17.10.2008).

De qualquer forma, esse entendimento está longe de ser unânime, eis que há julgados do Superior Tribunal de Justiça que aplicam a taxa SELIC como referência (nesse sentido, por todos, ver: STJ, EDcl no REsp 717.433/PR, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), 3.ª Turma, j. 17.11.2009, *DJe* 24.11.2009; AgRg no REsp 970.452/SP, Rel. Min. Humberto Martins, 2.ª Turma, j. 01.10.2009, *DJe* 14.10.2009 e REsp 1.134.808/MS, Rel. Min. Castro Meira, 2.ª Turma, j. 08.09.2009, *DJe* 18.09.2009).

A questão é tão divergente naquela Corte Superior que, em agosto de 2013, foi publicada no site do Tribunal notícia com o título "SELIC ou não SELIC", com o fim de deixar clara toda a controvérsia sobre a matéria. De acordo com as informações elaboradas pela Coordenadoria de Editoria e Imprensa do STJ, "responsável pela estabilização da jurisprudência infraconstitucional, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) retomou a discussão de uma questão controversa que já foi debatida diversas vezes em seus órgãos fracionários: a aplicação da taxa Selic nas indenizações civis estabelecidas judicialmente. (...). O problema é que existem duas correntes opostas sobre qual taxa seria essa, o que vem impedindo um entendimento uniforme sobre a questão. Em precedentes relatados pela ministra Denise Arruda (REsp 830.189) e pelo ministro Francisco Falcão (REsp 814.157), a Primeira Turma do STJ entendeu que a taxa em vigor para o cálculo dos juros moratórios previstos no artigo 406 do CC é de 1% ao mês, nos termos do que dispõe o artigo 161, parágrafo 1.º,

do Código Tributário Nacional (CTN), sem prejuízo da incidência da correção monetária. Em precedentes relatados pelos ministros Teori Zavascki (REsp 710.385) e Luiz Fux (REsp 883.114), a mesma Primeira Turma decidiu que a taxa em vigor para o cálculo dos juros moratórios previstos no artigo 406 do CC é a Selic. A opção pela taxa Selic tem prevalecido nas decisões proferidas pelo STJ, como no julgamento do REsp 865.363, quando a Quarta Turma reformou o índice de atualização de indenização por danos morais devida à sogra e aos filhos de homem morto em atropelamento, que inicialmente seria de 1% ao mês, para adotar a correção pela Selic. Também no REsp 938.564, a Turma aplicou a Selic à indenização por danos materiais e morais devida a um homem que perdeu a esposa em acidente fatal ocorrido em hotel onde passavam lua de mel".[55]

A notícia revela que a divergência está em julgamento pela Corte Especial daquele Tribunal Superior. Já há voto do relator, Ministro Luis Felipe Salomão, deduzindo que a taxa SELIC deve ser aplicada na relação jurídica de Direito Público relativa a créditos tributários ou a dívidas fazendárias. Porém, sustenta o julgador que não há razão para a sua incidência nas relações puramente privadas, nas quais "se faz necessário o cômputo justo e seguro da correção monetária e dos juros moratórios, atribuição essa que, efetivamente, a SELIC não desempenha bem". Houve pedido de vista e o julgamento foi suspenso. Aguarda-se, então, uma firme posição de consenso do STJ no futuro, para que a questão encontre certa estabilidade.

Pois bem, matéria que sempre suscita debates é aquela relacionada com a taxa de juros a ser cobrada pelas instituições bancárias e financeiras no Brasil. Entendemos ser lamentável o tratamento muitas vezes dado pela jurisprudência ao tema, uma vez que é comum as instituições bancárias cobrarem juros excessivamente abusivos, tornando *caro* o crédito em nosso País. Isso também ocorre com empresas financeiras, caso das que prestam o serviço de cartão de crédito.

Em suma, é lamentável o teor da Súmula 596 do Supremo Tribunal Federal, pela qual as instituições bancárias, como integrantes do Sistema Financeiro Nacional, não estão sujeitas à Lei de Usura. Do mesmo modo, não há como concordar com o teor da Súmula 283 do Superior Tribunal de Justiça, a qual prevê que "As empresas administradoras de cartão de crédito são instituições financeiras e, por isso, os juros remuneratórios por elas cobrados não sofrem as limitações da Lei de Usura". Compreendemos que a Lei de Usura está em total sintonia com a proteção dos vulneráveis (consumidores e aderentes contratuais), constante do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002.

O que se tem entendido na jurisprudência superior é que os juros das instituições bancárias e financeiras podem ser fixados de acordo com as regras de mercado. Em paradigmática decisão do ano de 2008, o STJ concluiu de forma definitiva que:

> "Direito processual civil e bancário. Recurso especial. Ação revisional de cláusulas de contrato bancário. Incidente de processo repetitivo. Juros remuneratórios. Configuração da mora. Juros moratórios. Inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes.

Disposições de ofício. Delimitação do julgamento. I – Julgamento das questões idênticas que caracterizam a multiplicidade. Orientação 1 – Juros remuneratórios. a) As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), Súmula 596/STF; b) A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade; c) São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/02; d) É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada – art. 51, § 1.º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante as peculiaridades do julgamento em concreto. (...). Os juros remuneratórios contratados encontram-se no limite que esta Corte tem considerado razoável e, sob a ótica do Direito do Consumidor, não merecem ser revistos, porquanto não demonstrada a onerosidade excessiva na hipótese. (...)" (STJ, REsp 1.061.530/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 2.ª Seção, j. 22.10.2008, *DJe* 10.03.2009).

Aliás, mais recentemente, o STJ concluiu que não sendo fixados os juros pelas partes em contrato bancário, incidem as taxas de mercado e não o art. 406 do CC. Em suma, as regras mercadológicas prevalecem sobre a própria lei. O julgado foi assim publicado no *Informativo* n. *434* do STJ:

"Repetitivo. Cheque especial. Juros remuneratórios. A Seção, ao julgar recurso representativo de controvérsia (art. 543-C e Res. 8/2008-STJ) sobre a legalidade da cobrança de juros remuneratórios decorrente do contrato bancário, quando não há prova da taxa pactuada ou quando a cláusula ajustada entre as partes não tenha indicado o percentual a ser observado, reafirmou a jurisprudência deste Superior Tribunal de que, quando não pactuada a taxa, o juiz deve limitar os juros remuneratórios à taxa média de mercado divulgada pelo Banco Central (Bacen), salvo se menor a taxa cobrada pelo próprio banco (mais vantajosa para o cliente). Anotou-se que o caso dos autos é uma ação de revisão de cláusula de contrato de cheque especial combinada com repetição de indébito em que o tribunal *a quo* constatou não haver, no contrato firmado, o percentual da taxa para a cobrança dos juros remuneratórios, apesar de eles estarem previstos em uma das cláusulas do contrato. Precedentes citados: REsp 715.894-PR, *DJ* 19.03.2007; AgRg no REsp 1.068.221-PR, *DJe* 24.11.2008; AgRg no REsp 1.003.938-RS, *DJe* 18.12.2008; AgRg no REsp 1.071.291-PR, *DJe* 23.03.2009; REsp 1.039.878-RS, *DJe* 20.06.2008; AgRg no REsp 1.050.605-RS, *DJe* 05.08.2008; AgRg no Ag 761.303-PR, *DJe* 04.08.2009; AgRg no REsp 1.015.238-PR, *DJe* 07.05.2008; EDcl no Ag 841.712-PR, *DJe* 28.08.2009, e AgRg no REsp 1.043.101-RS, *DJe* 17.11.2008" (STJ, REsp 1.112.879-PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 12.05.2010).

Discordando dessa forma de julgar, este autor entende que, no tocante aos juros convencionais, no máximo, por força de convenção no instrumento obrigacional, poderá ser exigida a taxa em dobro da taxa legal – 2% ao mês ou 24% ao ano –, pela previsão do art. 1.º da Lei de Usura, que não foi revogada, em combinação com o art. 406 do CC. Esta também é a taxa a ser cobrada no caso de mútuo bancário, de natureza onerosa, denominado *mútuo feneratício*, aplicando-se o que consta do art. 591 do CC, pois se trata do máximo possível por lei (taxa legal, conciliando-se o art. 406 do CC e o art. 1.º da Lei de Usura). Em tom de crítica, fazemos nossas as palavras dos doutrinadores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

"Falar sobre a aplicação de juros na atividade bancária é adentrar em um terreno explosivo.

De fato, fizemos questão de mostrar como a disciplina genérica do instituto, bem como as peculiaridades encontradas em uma relação jurídica especial, como a trabalhista, em que o próprio ordenamento reconhece as desigualdades dos sujeitos e busca tutelá-los de forma mais efetiva, reconhecendo que, mesmo ali, ainda é observada, no final das contas, a regra geral.

> Isso tudo para mostrar que 'há algo de errado no reino da Dinamarca' quando se fala da disciplina dos juros bancários no Brasil.
>
> (...)
>
> Em nosso entendimento, sob o argumento de que a atividade financeira é essencialmente instável, e que a imobilização da taxa de juros prejudicaria o desenvolvimento do País, inúmeros abusos são cometidos, em detrimento sempre da parte mais fraca, o correntista, o depositante, o poupador".[56]

Em verdade, vive-se um total paradoxo no Brasil, eis que os Tribunais Superiores concluíram pela incidência do Código de Defesa do Consumidor para os contratos bancários e financeiros (Súmula 297 do STJ e STF, ADI 2.591/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, Rel. p/ Acórdão Min. Eros Grau, j. 07.06.2006, Tribunal Pleno). Porém, não obstante *o espírito da lei consumerista* vedar a lesão, o abuso de direito e o enriquecimento sem causa, as instituições bancárias e financeiras podem cobrar as excessivas taxas de juros de mercado que, aliás, elas mesmas fixam.

Como bem destacou a Ministra Nancy Andrighi em voto prolatado no ano de 2012, "Em matéria de contratos bancários, os juros remuneratórios são essenciais e preponderantes na decisão de contratar. São justamente essas taxas de juros que viabilizam a saudável concorrência e que levam o consumidor a optar por uma ou outra instituição financeira. Entretanto, apesar de sua irrefutável importância, nota-se que a maioria da população brasileira ainda não compreende o cálculo dos juros bancários. Vê-se que não há qualquer esclarecimento prévio, tampouco se concretizou o ideal de educação do consumidor, previsto no art. 4.º, IV, do CDC. Nesse contexto, a capitalização de juros está longe de ser um instituto conhecido, compreendido e facilmente identificado pelo consumidor médio comum. A realidade cotidiana é a de que os contratos bancários, muito embora estejam cada vez mais difundidos na nossa sociedade, ainda são incompreensíveis à maioria dos consumidores, que são levados a contratar e aos poucos vão aprendendo empiricamente com suas próprias experiências. A partir dessas premissas, obtém-se o padrão de comportamento a ser esperado do homem médio, que aceita a contratação do financiamento a partir do confronto entre taxas nominais ofertadas no mercado. Deve-se ainda ter em consideração, como medida da atitude objetivamente esperada de cada contratante, o padrão de conhecimento e comportamento do homem médio da sociedade de massa brasileira. Isso porque vivemos numa sociedade de profundas disparidades sociais, com relativamente baixo grau de instrução" (STJ, REsp 1302738/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 03.05.2012, *DJe* 10.05.2012, publicado no seu *Informativo* n. *496*).

Percebeu-se neste último ano de 2012 que medidas do Poder Executivo acabaram por reduzir as taxas de juros bancários em nosso País. Esperava-se que tal tarefa fosse desempenhada, antes do Executivo, pelo Poder Judiciário, o que não acabou ocorrendo, o que pode ser percebido pelos julgados e súmulas anteriormente transcritos. Infelizmente, as premissas constantes do voto da Ministra Nancy Andrighi acabaram não prevalecendo em nossas Cortes Superiores, que não cumpriram com sua função jurídica e social. Todavia, ainda é tempo de mudança no âmbito do Poder Judiciário.

Superada essa discussão, encerrando o tópico, é interessante comentar enunciados aprovados nas *Jornadas de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal Justiça, quanto à incidência dos juros e que interessam ao Direito Privado.

O primeiro diz respeito ao art. 405 do CC, segundo o qual os juros de mora contam-se desde a citação inicial. Estabelece o Enunciado n. 163, da *III Jornada de Direito Civil* que: "A regra do art. 405 do novo Código Civil aplica-se somente à responsabilidade contratual, e não aos juros moratórios na responsabilidade extracontratual, em face do disposto no art. 398 do CC, não afastando, pois, o disposto na Súmula 54 do STJ". Por essa última Súmula, no caso de ato ilícito, "os juros moratórios fluem a partir do evento danoso em caso de responsabilidade extracontratual".

O presente autor sempre lecionava que estava filiado quase que integralmente ao anterior enunciado doutrinário. Isso porque cabia uma pequena ressalva de que, no caso de responsabilidade civil contratual, em havendo mora de obrigação líquida e vencida, os juros devem ser contados a partir da data do inadimplemento, eis que há mora *solvendi ex re*, com a aplicação da máxima *dies interpellat pro homine*. Em suma, o art. 405 do CC deve incidir somente aos casos de obrigação líquida e não vencida.

Nessa linha de conclusão, na *V Jornada de Direito Civil*, aprovou-se o seguinte enunciado, de autoria de Marcos Jorge Catalan: "Os juros de mora, nas obrigações negociais, fluem a partir do advento do termo da prestação, estando a incidência do disposto no art. 405 da codificação limitada às hipóteses em que a citação representa o papel de notificação do devedor ou àquelas em que o objeto da prestação não tem liquidez" (Enunciado n. 428). Essa forma de pensar foi confirmada pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento publicado no seu *Informativo* n. *537*, de 2014. Consta da publicação que, "em ação monitória para a cobrança de débito decorrente de obrigação positiva, líquida e com termo certo, deve-se reconhecer que os juros de mora incidem desde o inadimplemento da obrigação se não houver estipulação contratual ou legislação específica em sentido diverso. De início, os juros moratórios são os que, nas obrigações pecuniárias, compensam a mora, para ressarcir o credor do dano sofrido em razão da impontualidade do adimplemento. Por isso, sua disciplina legal está inexoravelmente ligada à própria configuração da mora. (...). Aplica-se, assim, o disposto no art. 397 do CC, reconhecendo-se a mora a partir do inadimplemento no vencimento (*dies interpellat pro homine*) e, por força de consequência, os juros de mora devem incidir também a partir dessa data. Assim, nos casos de responsabilidade contratual, não se pode afirmar que os juros de mora devem sempre correr a partir da citação, porque nem sempre a mora terá sido constituída pela citação. (...). Precedentes citados: REsp. 1.257.846/RS, Terceira Turma, *DJe* 30/4/2012; e REsp. 762.799/RS, Quarta Turma, *DJe* 23/9/2010" (STJ, EREsp 1.250.382/PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 02.04.2014).

Em resumo, no tocante ao início dos juros moratórios, ou seja, o termo *a quo* para a sua incidência, pode ser elaborado o seguinte quadro comparativo, levando-se em conta as três

modalidades de mora do devedor antes estudadas:

Modalidade de Mora	**Início dos Juros Moratórios**
Mora *ex re* ou automática.	Vencimento da obrigação (Enunciado n. 428 da *V Jornada de Direito Civil* e entendimento do STJ).
Mora *ex persona* ou pendente.	Citação (art. 405 do CC).
Mora presumida ou irregular.	Ocorrência do evento danoso (Súmula 54 do STJ).

Pois bem, o terceiro enunciado refere-se à questão de direito intertemporal, prevendo que, "tendo a mora do devedor início ainda na vigência do Código Civil de 1916, são devidos juros de mora de 6% ao ano até 10 de janeiro de 2003; a partir de 11 de janeiro de 2003 (data de entrada em vigor do novo Código Civil), passa a incidir o art. 406 do Código Civil de 2002" (Enunciado n. 164 do CJF/STJ da *III Jornada de Direito*). Tendo em vista a *Escada Ponteana* e o art. 2.035, *caput*, do CC, o teor do enunciado é plenamente correto. Isso porque, como os juros estão no plano da eficácia do negócio jurídico, deve ser aplicada a norma do momento dos efeitos obrigacionais. Isso faz com que o cálculo dos juros seja fracionado, de acordo com a lei vigente, na esteira da melhor jurisprudência (por todos: ver *Informativo* n. *437* do STJ, REsp 1.111.117/PR, Rel. originário Min. Luis Felipe Salomão, Rel. p/ acórdão Min. Mauro Campbell Marques, j. 02.06.2010, apreciação de recurso repetitivo, consolidando a matéria).

3.8.5 Da cláusula penal

A cláusula penal pode ser conceituada como sendo a penalidade, de natureza civil, imposta pela inexecução parcial ou total de um dever patrimonial assumido. Pela sua previsão no Código Civil, sua concepção está relacionada e é estudada como tema condizente ao inadimplemento obrigacional, entre os arts. 408 a 416.

A cláusula penal é pactuada pelas partes no caso de violação da obrigação, mantendo relação direta com o princípio da autonomia privada, motivo pelo qual é também denominada *multa contratual* ou *pena convencional*. Trata-se de uma obrigação acessória que visa a garantir o cumprimento da obrigação principal, bem como fixar, antecipadamente, o valor das perdas e danos em caso de descumprimento.

Por ser acessória, aplica-se o princípio pelo qual a obrigação acessória deve seguir a principal (*princípio da gravitação jurídica*), fazendo com que no caso de nulidade do contrato principal a multa também seja declarada nula.

De acordo com a melhor doutrina, a cláusula penal tem basicamente duas funções.

Primeiramente, a multa funciona como uma coerção, para intimidar o devedor a cumprir a obrigação principal, sob pena de ter que arcar com essa obrigação acessória (*meio de coerção, com caráter punitivo*). Além disso, tem função de ressarcimento, prefixando as perdas e danos no caso de inadimplemento absoluto da obrigação (*caráter de estimação*).[57] De qualquer forma, apesar de ser essa a visão clássica, Gustavo Tepedino, entre outros, aponta a tendência europeia de afastar o caráter punitivo da cláusula penal compensatória.[58]

Enuncia o art. 408 do CC que "incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que culposamente deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora". Dessa forma, a exemplo da mora do devedor, a incidência da cláusula penal exige a culpa genérica do devedor, em regra.

Cumpre consignar que, aplicando a ideia constante desse dispositivo, entende o Superior Tribunal de Justiça pelo caráter duplo da penalidade – para ambas as partes –, nos contratos bilaterais e onerosos, aqueles com direitos e deveres recíprocos. Isso mesmo se a multa estiver expressamente prevista para apenas um dos negociantes. Conforme julgado publicado no *Informativo* n. *484* do Tribunal: "cinge-se a questão em definir se a cláusula penal dirigida apenas ao promitente-comprador pode ser imposta ao promitente-vendedor ante o seu inadimplemento contratual. Na hipótese, verificou-se cuidar de um contrato bilateral, em que cada um dos contratantes é simultânea e reciprocamente credor e devedor do outro, oneroso, pois traz vantagens para os contratantes, comutativo, ante a equivalência de prestações. Com esses e outros fundamentos, a Turma deu provimento ao recurso para declarar que a cláusula penal contida nos contratos bilaterais, onerosos e comutativos deve aplicar-se para ambos os contratantes indistintamente, ainda que redigida apenas em favor de uma das partes" (STJ, REsp 1.119.740/RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 27.09.2011).

A multa admite uma classificação de acordo com aquilo com que mantém relação. No caso de mora ou inadimplemento parcial, é denominada *multa moratória* enquanto, no caso de inexecução total obrigacional, é chamada *multa compensatória*, de acordo com o art. 409 do CC. Na esteira da melhor doutrina e jurisprudência, apenas a multa compensatória tem a função de antecipar as perdas e danos. Conforme se extrai de julgamento do Superior Tribunal de Justiça, "enquanto a cláusula penal compensatória funciona como prefixação das perdas e danos, a cláusula penal moratória, cominação contratual de uma multa para o caso de mora, serve apenas como punição pelo retardamento no cumprimento da obrigação. A cláusula penal moratória, portanto, não compensa o inadimplemento, nem substitui o adimplemento, não interferindo na responsabilidade civil correlata, que é decorrência natural da prática de ato lesivo ao interesse ou direito de outrem. Assim, não há óbice a que se exija a cláusula penal moratória juntamente com o valor referente aos lucros cessantes" (STJ, REsp 1.355.554/RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 06.12.2012, publicado no seu *Informativo* n. *513*).

De acordo com o art. 412 da atual codificação, que reproduz o art. 920 do CC/1916, o limite da cláusula penal é o valor da obrigação principal. Tal valor não pode ser excedido e, se isso

acontecer, o juiz pode determinar, em ação proposta pelo devedor, a sua redução. A dúvida despertada pelo comando é se ele se aplica somente à multa compensatória ou também à multa moratória.

Este autor filia-se à corrente doutrinária que sustenta que, sobre a multa moratória, o limite nos contratos civis é de 10% (dez por cento) sobre o valor da dívida, consoante previsto nos arts. 8.º e 9.º da Lei de Usura (Decreto 22.626/1933). Para os contratos de consumo, o limite para a cláusula penal moratória é de 2% (dois por cento), como consta do art. 52, § 1.º, da Lei 8.078/1990. Lembre-se de que no caso de dívidas condominiais, o limite da penalidade decorrente do atraso também é de 2% (dois por cento), conforme o art. 1.336, § 1.º, do CC, nos casos de inadimplementos ocorridos na vigência da nova codificação privada (nesse sentido, ver: STJ, REsp 665.470/SP, Rel. Min. Jorge Scartezzini, 4.ª Turma, j. 16.02.2006, *DJ* 13.03.2006, p. 327).

Com relação à multa compensatória, prevista para os casos de inadimplemento absoluto da obrigação, aí sim merece subsunção a regra do art. 412 do CC, sendo o valor da obrigação principal o limite para a sua fixação. Isso ocorre porque as consequências da mora são menores do que as do inadimplemento, do ponto de vista do credor, devendo a multa moratória ser fixada em montante menor do que a multa compensatória. Reforçando, o limite da multa moratória em, no máximo, 10% (dez por cento) sobre o valor do débito afasta o enriquecimento sem causa, com base no princípio da função social dos contratos e da obrigação.[59]

Superada essa questão, mantendo relação direta com o princípio da função social do contrato e das obrigações, dispõe o art. 413 do atual Código Civil que: "A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio".

Controlando os limites da cláusula penal, deve-se concluir que se trata de norma de ordem pública, cabendo a decisão de redução *ex officio* pelo magistrado, independentemente de arguição pela parte (Enunciado n. 356 do CJF/STJ). Aplicando essa redução de ofício, podem ser encontrados vários julgamentos dos nossos Tribunais (por todos: TJDF, Recurso 2013.03.1.016451-5, Acórdão 810.855, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Arnoldo Camanho de Assis, *DJDFTE* 21.08.2014, p. 119; TJSP, Apelação 9289640-96.2008.8.26.0000, Acórdão 7751970, São Paulo, Décima Segunda Câmara Extraordinária de Direito Privado, Rel. Des. Tercio Pires, j. 08.08.2014, *DJESP* 15.08.2014; TJMG, Apelação Cível 1.0144.07.022262-1/001, Rel. Des. Tiago Pinto, j. 07.08.2014, *DJEMG* 14.08.2014; TJPR, Apelação Cível 1146438-3, Castro, Décima Segunda Câmara Cível, Rel.ª Juíza Conv. Ângela Maria Machado Costa, *DJPR* 04.06.2014, p. 480; TJGO, Agravo de Instrumento 0032149-38.2014.8.09.0000, Rio Verde, Quinta Câmara Cível, Rel. Des. Alan Sebastião de Sena Conceição, *DJGO* 03.04.2014, p. 237; e TJSC, Apelação Cível 2012.060303-0, Lages, Terceira Câmara de Direito Civil, Rel.ª Des.ª Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. 05.03.2013, *DJSC* 08.03.2013, p. 137).

Além disso, não cabe a sua exclusão por força de pacto ou contrato, uma vez que a autonomia privada encontra limitações nas normas cogentes de ordem pública. Assim, vale a dicção do Enunciado n. 355 do CJF/STJ: "Não podem as partes renunciar à possibilidade de redução da cláusula penal se ocorrer qualquer das hipóteses previstas no art. 413 do Código Civil, por se tratar de preceito de ordem pública".[60]

A norma tem relação direta com o princípio da função social do contrato (art. 421 do CC), conforme desenvolvido em dissertação de mestrado defendida na PUCSP no ano de 2004.[61] Tal premissa ampara a conclusão segundo a qual se trata de norma de ordem pública, inafastável por convenção das partes ou pelo juiz. Na mesma linha, concluiu o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino que "a redução da cláusula penal preserva a função social do contrato na medida em que afasta o desequilíbrio contratual e seu uso como instrumento de enriquecimento sem causa" (STJ, REsp 1.212.159/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 19.06.2012, publicado no *Informativo* n. *500*).

Na opinião deste autor, continua tendo aplicação o Enunciado n. 357, *in verbis*: "O art. 413 do Código Civil é o que complementa o art. 4.º da Lei 8.245/1991". Isso mesmo com a alteração do dispositivo locatício pela Lei 12.112/2009. Como se sabe, a norma não faz mais menção ao art. 924 do CC/1916, que equivale ao art. 413 do CC/2002. Todavia, diante do imperativo da função social, que fundamenta a última norma, o controle de exageros também deve existir nas multas locatícias.

Por fim, a respeito do art. 413 do CC, anote-se o teor do Enunciado n. 359 do CJF/STJ: "A redação do art. 413 do Código Civil não impõe que a redução da penalidade seja proporcionalmente idêntica ao percentual adimplido". Segundo o seu proponente, Jorge Cesa Ferreira da Silva:

> "A pena deve ser reduzida equitativamente. Muito embora a 'proporcionalidade' faça parte do juízo de equidade, ela não foi referida no texto e tal circunstância não é isenta de conteúdo normativo. Ocorre que o juízo de equidade é mais amplo do que o juízo de proporcionalidade, entendida esta como 'proporcionalidade direta' ou 'matemática'. Assim, por exemplo, se ocorreu adimplemento de metade do devido, isso não quer dizer que a pena prevista deve ser reduzida em 50%. Serão as circunstâncias do caso que determinarão. Entrarão em questão os interesses do credor, não só patrimoniais, na prestação, o grau de culpa do devedor, a situação econômica deste, a importância do montante prestado, entre outros elementos de cunho valorativo".[62]

Filia-se ao teor do enunciado doutrinário, pois o que fundamenta o art. 413 do CC é realmente a razoabilidade, e não a estrita proporcionalidade matemática. Afastando a redução estritamente proporcional da cláusula penal, vejamos *decisium* do Superior Tribunal de Justiça, relativa à redução da multa em contrato entre o apresentador Celso de Freitas e a Rede Globo de Televisão, com a citação desta obra no voto condutor:

> "Recurso especial. Código civil. Contrato com cláusula de exclusividade celebrado entre rede de televisão e apresentador (âncora) de telejornal. Art. 413 do CDC. Cláusula penal expressa no contrato. 1. A cláusula penal é pacto acessório, por meio do qual as partes determinam previamente uma sanção de natureza civil – cujo escopo é garantir o cumprimento da obrigação

> principal –, além de estipular perdas e danos em caso de inadimplemento parcial ou total de um dever assumido. Há dois tipos de cláusula penal, o vinculado ao descumprimento total da obrigação e o que incide quando do incumprimento parcial desta. A primeira é denominada pela doutrina como compensatória e a segunda como moratória. 2. A redução equitativa da cláusula penal a ser feita pelo juiz quando a obrigação principal tiver sido cumprida em parte não é sinônimo de redução proporcional. A equidade é cláusula geral que visa a um modelo ideal de justiça, com aplicação excepcional nos casos legalmente previstos. Tal instituto tem diversas funções, entre elas a equidade corretiva, que visa ao equilíbrio das prestações, exatamente o caso dos autos. 3. Correta a redução da cláusula penal em 50%, visto que o critério adotado pelo Código Civil de 2002 é o da equidade, não havendo falar em percentual de dias cumpridos do contrato. No caso, as rés informaram à autora sobre a rescisão contratual quando os compromissos profissionais assumidos com outra emissora de televisão já estavam integralmente consolidados. 4. Entender de modo contrário, reduzindo a cláusula penal de forma proporcional ao número de dias cumpridos da relação obrigacional, acarretaria justamente extirpar uma das funções da cláusula penal, qual seja, a coercitiva, estimulando rupturas contratuais abruptas em busca da melhor oferta do concorrente e induzindo a prática da concorrência desleal. 5. Sob a vigência do Código Civil de 1916, era facultado ao magistrado reduzir a cláusula penal caso o adimplemento da obrigação fosse tão somente parcial, ao passo que no vigente Código de 2002 se estipulou ser dever do juiz reduzir a cláusula penal, se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, afastando-se definitivamente o princípio da imutabilidade da cláusula penal. A evolução legislativa veio harmonizar a autonomia privada com o princípio da boa-fé objetiva e a função social do contrato, instrumentário que proporcionará ao julgador a adequada redução do valor estipulado a título de cláusula penal, observada a moldura fática do caso concreto. 6. No caso ora em exame, a redução da cláusula penal determinada pelas instâncias inferiores ocorreu em razão do cumprimento parcial da obrigação. Ainda que se considere a cláusula penal em questão como compensatória, isso não impossibilita a redução do seu montante. Houve cumprimento substancial do contrato então vigente, fazendo-se necessária a redução da cláusula penal. (...)" (STJ, REsp 1.186.789/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 20.03.2014, *DJe* 13.05.2014).

Superado o importante art. 413 do CC, é interessante analisar outras regras previstas para a cláusula penal ou multa.

Pelo art. 411 do CC: "Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal". Por tal comando, no caso de multa moratória, haverá uma faculdade cumulativa ou conjuntiva a favor do credor: exigir a multa *e* (+) a obrigação principal.

Mas, no caso de multa compensatória, esta se converterá em alternativa a benefício do credor, que poderá exigir a cláusula penal *ou* as perdas e danos, havendo uma *faculdade disjuntiva* (art. 410 do CC). Esquematizando:

> *Multa moratória* = obrigação principal + multa
>
> *Multa compensatória* = obrigação principal **ou** multa

Sendo a obrigação indivisível e havendo vários devedores, caindo em falta um deles (culpa), todos incorrerão na pena. Mas a cláusula penal somente poderá ser demandada integralmente do culpado, respondendo cada um dos outros somente pela sua quota (art. 414 do CC). Ilustrando, se a obrigação for de entrega de um touro reprodutor, com cinco devedores e uma multa moratória de R$

1.000,00 (mil reais), na hipótese em que houver culpa de apenas um deles quanto ao atraso, apenas deste a multa poderá ser exigida na totalidade (R$ 1.000,00). Em relação aos demais, somente poderá ser exigida a quota correspondente, ou seja, R$ 200,00 (duzentos reais). Mesmo assim, aos não culpados fica reservada a ação regressiva contra aquele que deu causa à aplicação da pena (art. 414, parágrafo único, do CC).

Sob outro prisma, quando a obrigação for divisível, só incorre na pena o devedor ou o herdeiro do devedor que a infringir, e proporcionalmente à sua parte na obrigação (art. 415 do CC).

O art. 416, *caput*, do CC, enuncia que a parte interessada não precisa provar o prejuízo para ter direito à multa. Como regra geral, ainda que o prejuízo exceda a cláusula penal, o prejudicado não pode exigir indenização suplementar se tal regra não constar do contrato. Conforme se retira de recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, com didática elogiável, "não se pode cumular multa compensatória prevista em cláusula penal com indenização por perdas e danos decorrentes do inadimplemento da obrigação. Enquanto a cláusula penal moratória manifesta com mais evidência a característica de reforço do vínculo obrigacional, a cláusula penal compensatória prevê indenização que serve não apenas como punição pelo inadimplemento, mas também como prefixação de perdas e danos. A finalidade da cláusula penal compensatória é recompor a parte pelos prejuízos que eventualmente decorram do inadimplemento total ou parcial da obrigação. Tanto assim que, eventualmente, sua execução poderá até mesmo substituir a execução do próprio contrato. Não é possível, pois, cumular cláusula penal compensatória com perdas e danos decorrentes de inadimplemento contratual. Com efeito, se as próprias partes já acordaram previamente o valor que entendem suficiente para recompor os prejuízos experimentados em caso de inadimplemento, não se pode admitir que, além desse valor, ainda seja acrescido outro, com fundamento na mesma justificativa – a recomposição de prejuízos" (STJ, REsp 1.335.617/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 27.03.2014, publicado no seu *Informativo* n. *540*).

Contudo, se no contrato estiver prevista essa possibilidade de cumulação, funciona a multa como *taxa mínima de indenização*, cabendo ao credor provar o prejuízo excedente para fazer *jus* à indenização suplementar. Essa última regra não constava do Código Civil anterior e foi inserida no parágrafo único do art. 416.

Vejamos um exemplo de aplicação do dispositivo. *A* contrata com *B* a compra de um estabelecimento comercial pelo último, que vale R$ 500.000,00. O instrumento impõe multa compensatória de R$ 50.000,00 e a possibilidade de a parte pleitear a indenização suplementar. *A* descumpre o pactuado, fazendo com que *B* sofra um prejuízo de R$ 30.000,00 diante de contratos já celebrados com fornecedores. Nesse caso, *B* poderá exigir a multa pactuada como taxa mínima ou o cumprimento do contrato, depositando para tanto o preço. Se quiser a multa não precisará provar o prejuízo suportado.

Mas, se o seu prejuízo for de R$ 80.000,00 e constar a cláusula que dá direito a *B* à indenização suplementar, o credor poderá pleitear os R$ 80.000,00 ou o cumprimento do contrato. No primeiro caso terá somente que provar o prejuízo excedente à multa, ou seja, de R$ 30.000,00. Quanto aos R$ 50.000,00, não precisará provar o prejuízo.

A encerrar, cumpre destacar a aprovação de enunciado polêmico a respeito do art. 416, parágrafo único, do CC, na *V Jornada de Direito Civil* (novembro de 2011). É o teor da nova tese doutrinária: "No contrato de adesão, o prejuízo comprovado do aderente que exceder ao previsto na cláusula penal compensatória poderá ser exigido pelo credor, independentemente de convenção" (Enunciado n. 430). A premissa contraria expressamente o que consta do comando legal. Todavia, traz interessante conclusão de proteção do aderente como parte vulnerável da relação contratual, tendência sentida pela leitura dos arts. 423 e 424 do CC. Nota-se claramente a prevalência da função sobre a estrutura, o que conta com o apoio deste autor.

3.8.6 Das arras ou sinal

As arras ou sinal podem ser conceituados como sendo o sinal, o valor dado em dinheiro ou o bem móvel entregue por uma parte à outra, quando do contrato preliminar, visando a trazer a presunção de celebração do contrato definitivo. As arras ou sinal são normalmente previstos em compromissos de compra e venda de imóvel. Exemplificando, imagine-se o caso em que é celebrado um compromisso de compra e venda de imóvel com valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais). Para tornar definitivo o contrato o compromissário comprador paga R$ 10.000,00 (dez mil reais) ao promitente vendedor.

Nesse sentido, se, por ocasião da conclusão do contrato, uma parte der à outra, a título de arras, dinheiro ou outro bem móvel, deverão estas, em caso de execução, ser restituídas ou computadas na prestação devida, se do mesmo gênero da principal (art. 417 do CC). Por este comando legal, percebe-se a primeira função do sinal: funcionar como antecipação do pagamento, valendo como *desconto* quando do pagamento do valor total da obrigação.

As arras também têm outras duas funções:

> *1.ª função* – tornar definitivo o contrato preliminar.
>
> *2.ª função* – funcionar como antecipação das perdas e danos, funcionando também como penalidade. A função de penalidade está dentro da antecipação das perdas e danos.

Como se pode notar, a natureza das arras é muito próxima da cláusula penal, tendo também natureza acessória. De acordo com o tratamento dado pelo Código Civil, duas são as espécies de

arras ou sinal:

a) *Arras confirmatórias* – presentes na hipótese em que não constar a possibilidade de arrependimento quanto à celebração do contrato definitivo, tratando-se de regra geral. Nesse caso, aplica-se o art. 418 do CC, pelo qual: "Se a parte que deu as arras não executar o contrato, poderá a outra tê-lo por desfeito, retendo-as; se a inexecução for de quem recebeu as arras, poderá quem as deu haver o contrato por desfeito, e exigir sua devolução mais o equivalente, com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, juros e honorários de advogado". Ainda nessa primeira hipótese, a parte inocente pode pedir indenização suplementar, se provar maior prejuízo, valendo as arras como taxa mínima de indenização. Pode a parte inocente, ainda, exigir a execução do contrato, com as perdas e danos, valendo as arras, mais uma vez, como taxa mínima dos prejuízos suportados (art. 419 do CC). Isso porque, não havendo cláusula de arrependimento, no caso de não celebração do contrato definitivo, haverá inadimplemento, sendo permitido à parte inocente pleitear do culpado as perdas e danos suplementares, nos moldes dos arts. 402 a 404 do CC. Nesse caso, as arras terão dupla função (tornar o contrato definitivo + antecipação das perdas e danos – penalidade).
b) *Arras penitenciais* – no caso de constar no contrato a possibilidade de arrependimento. Nesse segundo caso, para qualquer das partes, as arras ou sinal terão função unicamente indenizatória (incluída a penalidade), e não a de confirmar o contrato definitivo, como acontece na hipótese anterior. Assim sendo, quem as deu perdê-las-á em benefício da outra parte; e quem as recebeu devolvê-las-á mais o equivalente. Em ambos os casos envolvendo as arras penitenciais não haverá direito à indenização suplementar (art. 420 do CC). Esse dispositivo está em total sintonia com o entendimento jurisprudencial anterior, particularmente quanto à Súmula 412 do STF, pela qual: "No compromisso de compra e venda, com cláusula de arrependimento, a devolução do sinal, por quem o deu, ou a sua restituição em dobro, por quem o recebeu, exclui indenização maior a título de perdas e danos, salvo os juros moratórios e os encargos do processo".

Por derradeiro, anote-se que na *III Jornada de Direito Civil*, foi aprovado o Enunciado n. 165 do CJF/STJ: "em caso de penalidade, aplica-se a regra do art. 413 ao sinal, sejam as arras confirmatórias ou penitenciais". Está reconhecida, portanto, a *função social das arras*, o que é indeclinável, conforme a melhor doutrina.[63] Da jurisprudência podem ser encontrados acórdãos que subsumem o dispositivo para as arras ou sinal (nesse sentido, ver: TJDF, Recurso 2000.01.1.025885-0, Acórdão 396.913, 1.ª Câmara Cível, Rel.ª Desig. Des.ª Ana Maria Duarte Amarante Brito, *DJDFTE* 09.12.2009, p. 43 e TJSP, Apelação com Revisão 540.877.4/4, Acórdão 2518455, Santo André, 7.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Luiz Antonio Costa, j. 12.03.2008, *DJESP* 27.03.2008).

Do mesmo modo dando às arras uma função social, deve-se entender que o seu limite é o mesmo da cláusula penal moratória, ou seja, 10% (dez por cento) do valor da dívida, aplicação analógica da Lei de Usura.

Encerrando o presente capítulo, pode ser elaborado o esquema a seguir, a diferenciar as arras confirmatórias das arras penitenciais:

Arras Confirmatórias	**Arras Penitenciais**
– Sem cláusula de arrependimento.	– Com perdas e danos.

– Com cláusula de arrependimento.	– Sem perdas e danos.

[1] MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1979. v. IV, p. 8. O conceito do doutrinador é seguido por muitos outros autores contemporâneos, caso de Maria Helena Diniz (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Teoria geral das obrigações. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2, p. 29).

[2] FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 591.

[3] AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações*. 8. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 31.

[4] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. II, p 15.

[5] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 1

[6] NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I, p. 32.

[7] MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V, t. I, p. 4-30.

[8] ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 204.

[9] COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

[10] Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho falam em *bem da vida posto em circulação* (*Novo curso de direito civil*. Direito das obrigações. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. II, p. 18-19).

[11] Sobre o tema, ver, por todos: MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V, t. I, p. 15-30.

[12] AMARAL, Francisco. *Direito civil* – Introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 124-125.

[13] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; MORAES, Renato Duarte Franco de. *Direito das obrigações*. Direito civil. Orientação: Giselda M. F. Novaes Hironaka. São Paulo: RT, 2008. v. 2, p. 32.

[14] GOMES, Orlando. *Obrigações*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 6.

[15] AMARAL, Francisco. *Direito civil* – Introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 196.

[16] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Teoria geral das obrigações. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2, p. 41.

[17] NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I, p. 343.

[18] RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3, p. 421.

[19] Cf. DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 602.

[20] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 257.

[21] GOMES, Orlando. *Obrigações*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 76.

[22] Sobre essa solidariedade como regra, ver: MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2004. p. 188.

[23] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Teoria geral das obrigações. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2, p. 167.

[24] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 277.

[25] DIDIER JR., Fredie. *Regras processuais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 76.

[26] DIDIER JR., Fredie. *Regras processuais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 76.

[27] TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código Civil comentado*. Coord. Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas 2008. v. IV, p. 108.

[28] AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 94.

[29] A expressão *moratória legal* é de Humberto Theodoro Júnior, como destaca Daniel Amorim Assumpção Neves, que traz comentários interessantes a respeito da matéria (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual*

civil. São Paulo: Método, 2009. p. 889-893).

30 TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado. R*io de Janeiro: Renovar, 2004. v. I, p. 607.

31 Nessa linha, DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 302-303; AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo Código Civil Brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva (*laesio enormis*). In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controvertidas no Código Civil*. São Paulo: Método, 2004. v. 2; LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, p. 227; LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 207.

32 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 214.

33 MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

34 DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 313.

35 Por todos: GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Direito das Obrigações. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. II, p. 171 e AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 186.

36 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Teoria geral das obrigações. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2, p. 275.

37 Nesse sentido: TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *Código Civil comentado*. Coordenador Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2008. v. IV, p. 272; MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V, t. II, p. 465.

38 DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 322; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. II, p. 167.

39 GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16. ed. atual. por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 141.

40 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Teoria geral das obrigações. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2, p. 320-321.

41 NERY JR., Nelson. Compensação tributária e o Código Civil. *Direito tributário e o novo Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 21.

42 TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. I, p. 678-679; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Teoria geral das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. II, p. 262.

43 Como referência: DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Teoria geral das obrigações. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2, p. 330-341.

44 Ver, por todos: RÉGIS, Mário Luiz Delgado. *Código Civil comentado*. 6. ed. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva,, 2008. p. 268-269.

45 SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: RT, 2006. p. 42.

46 COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976. p. 113.

47 EHRHARDT JR, Marcos. *Responsabilidade civil pelo inadimplemento da boa-fé*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 156-157.

48 Ver, por todos os doutrinadores do CC/1916: LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Instituições de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 674.

49 MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V, t. II, p. 263-283.

50 ALVES, Jones Figueirêdo. A teoria do adimplemento substancial. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005. v. 4; BUSSATTA, Eduardo. *Resolução dos*

contratos e teoria do adimplemento substancial. São Paulo: Saraiva, 2007.

51 GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16. ed. atual. por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 201.

52 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Teoria Geral das Obrigações. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2, p. 413-414.

53 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Teoria Geral das Obrigações. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2, p. 426.

54 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Teoria Geral das Obrigações. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2, p. 426.

55 Notícia disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=110825>. Acess em: 5 set. 2013.

56 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Teoria geral das obrigações. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. II, p. 300.

57 Por todos: LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Instituições de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 629.

58 TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a cláusula penal compensatória. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006 t. II.

59 Esse é o entendimento de Judith Martins-Costa (*Comentários ao novo Código Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V, t. II, p. 454 e 455) e Christiano Cassettari (*Multa contratual*. Teoria e prática. São Paulo: RT, 2009).

60 Os enunciados doutrinários aprovados na *IV Jornada de Direito Civil* são de Christiano Cassettari (*Multa contratual*. Teoria e prática. São Paulo: RT, 2009). Com a mesma conclusão, ver: DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 359; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Teoria geral das obrigações. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. II. p. 324.

61 TARTUCE, Flávio. *Função social dos contratos*. Do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007.

62 SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações* São Paulo: RT, 2006. p. 273.

63 TOSCANO DE BRITO, Rodrigo. Função social dos contratos como princípio orientador na interpretação das arras. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2004. v. II.

4

RESPONSABILIDADE CIVIL

4.1 CONCEITOS BÁSICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL. CLASSIFICAÇÃO QUANTO À ORIGEM (RESPONSABILIDADE CONTRATUAL *X* EXTRACONTRATUAL). ATO ILÍCITO E ABUSO DE DIREITO

A responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida. Neste sentido, fala-se, respectivamente, em *responsabilidade civil contratual ou negocial* e em *responsabilidade civil extracontratual*, também denominada responsabilidade civil *aquiliana*, diante da *Lex Aquilia de Damno*, aprovada no final do século III a.C., e que fixou os parâmetros da responsabilidade civil extracontratual.

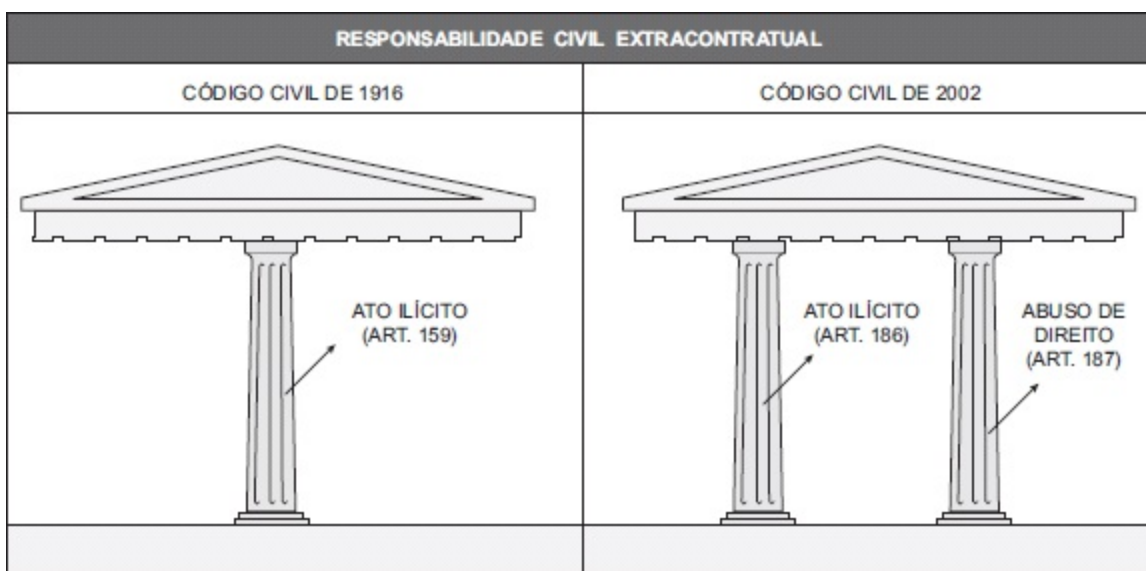
Aliás, a referida lei surgiu no Direito Romano justamente no momento em que a responsabilidade sem culpa constituía a regra, sendo o causador do dano punido de acordo com a *pena de Talião*, prevista na Lei das XII Tábuas (*olho por olho, dente por dente*). A experiência romana demonstrou que a responsabilidade sem culpa poderia trazer situações injustas, surgindo a necessidade de comprovação desta como uma questão social evolutiva. A partir de então, a responsabilidade mediante culpa passou a ser a regra em todo o Direito Comparado, influenciando as

codificações privadas modernas, como o Código Civil Francês de 1804, o Código Civil Brasileiro de 1916 e ainda o Código Civil Brasileiro de 2002.

Em resumo, quanto à origem, a responsabilidade civil admite a seguinte classificação:

a) *Responsabilidade civil contratual ou negocial* – nos casos de inadimplemento de uma obrigação, o que está fundado nos artigos 389, 390 e 391 do atual Código Civil. Como visto no capítulo anterior desta obra, o art. 389 trata do descumprimento da obrigação positiva (dar e fazer). O art. 390, do descumprimento da obrigação negativa (não fazer). O art. 391 do atual Código consagra o *princípio da responsabilidade patrimonial*, prevendo que pelo inadimplemento de uma obrigação respondem *todos os bens* do devedor. Repise-se, mais uma vez, que apesar da literalidade do último comando, deve ser feita a ressalva de que alguns bens estão protegidos pela impenhorabilidade, caso daqueles descritos no art. 649 do CPC. Cite-se o exemplo contemporâneo do bem de família, inclusive de pessoa solteira (Súmula 364 do STJ).
b) *Responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana* – pelo Código Civil de 1916 estava fundada no ato ilícito (art. 159). No Código Civil de 2002 está baseada no ato ilícito (art. 186) e no abuso de direito (art. 187).

Como se nota, esse *modelo dual ou binário de responsabilidades* foi mantido pela atual codificação privada. Todavia, conforme destaca a doutrina, a tendência é de unificação da responsabilidade civil, como consta, por exemplo, do Código de Defesa do Consumidor, que não faz a citada divisão. Como bem afirma Fernando Noronha, a divisão da responsabilidade civil em extracontratual e contratual reflete “um tempo do passado”, uma vez que os princípios e regramentos básicos que regem as duas supostas modalidades de responsabilidade civil são exatamente os mesmos.[1] Em sentido muito próximo, leciona Judith Martins-Costa que há um grande questionamento acerca desta distinção, “pois não resiste à constatação de que, na moderna sociedade de massas, ambas têm, a rigor, uma mesma fonte, o ‘contato social’, e obedecem aos mesmos princípios, nascendo de um mesmo fato, qual seja, a violação de dever jurídico preexistente”.[2]

A respeito da responsabilidade extracontratual – matéria que interessa ao presente capítulo – nos termos do atual Código Civil brasileiro, *está baseada em dois alicerces categóricos*: o ato ilícito e o abuso de direito. Trata-se de importantíssima inovação, uma vez que o Código Civil de 1916 a amparava somente no ato ilícito. A mudança é estrutural e merece grande destaque, conforme o desenho a seguir:

Como se pode notar, a responsabilidade civil no Código Civil de 1916 era alicerçada em um único conceito: o de ato ilícito (art. 159). Assim, havia uma única pilastra a sustentar a construção. Por outro lado, a responsabilidade civil, no Código Civil de 2002, é baseada em dois conceitos: o de ato ilícito (art. 186) e o de abuso de direito (art. 187).

Dessa forma, a construção, atualmente, tem duas pilastras, *estando aqui a principal alteração estrutural da matéria de antijuridicidade civil no estudo comparativo das codificações privadas brasileiras*. Frise-se que a modificação também atinge a responsabilidade contratual, pois o art. 187 do CC 2002 também pode e deve ser aplicado em sede de autonomia privada.[3] Eis aqui um dispositivo unificador do sistema de responsabilidade civil, que supera a dicotomia *responsabilidade contratual x extracontratual*.

Vejamos, então, o estudo das categorias de ato ilícito e abuso de direito, de forma sucessiva e aprofundada.

De início, o ato ilícito é o ato praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direitos e causando prejuízos a outrem. Diante da sua ocorrência, a norma jurídica cria o dever de reparar o dano, o que justifica o fato de ser o ato ilícito fonte do direito obrigacional. O ato ilícito é considerado como fato jurídico em sentido amplo, uma vez que produz efeitos jurídicos que não são desejados pelo agente, mas somente aqueles impostos pela lei.

O ato ilícito pode ser civil, penal ou administrativo, sendo certo que o primeiro interessa a presente obra. Entretanto, é fundamental apontar que há casos em que a conduta ofende a sociedade (ilícito penal) e o particular (ilícito civil), acarretando dupla responsabilidade. Exemplificamos com um acidente de trânsito, situação em que pode haver um crime, bem como o dever de indenizar. Porém, não se pode esquecer a regra prevista no art. 935 do CC, segundo a qual a responsabilidade civil independe da criminal, regra geral.

Sem prejuízo dessas situações, às vezes, a responsabilidade pode ser tripla, abrangendo também a esfera administrativa, como no caso de uma conduta que causa danos ao meio ambiente, sendo-lhe

aplicadas as sanções administrativas, civis e criminais previstas nas Leis 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente) e 9.605/1998 (Crimes Ambientais).

Pois bem, pode-se afirmar que o ato ilícito *é a conduta humana que fere direitos subjetivos privados, estando em desacordo com a ordem jurídica e causando danos a alguém*. O art. 186 do atual CC, que traz a referida construção, tem a seguinte redação:

> "Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito *e* causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito" (destacado).

Do art. 186 do atual CC percebe-se que o ato ilícito constitui uma soma entre lesão de direitos e dano causado, de acordo com a seguinte fórmula:

> Ato ilícito (art. 186 do CC) = Lesão de direitos + dano.

Esse comando legal apresenta duas importantes diferenças em relação ao art. 159 do CC/1916, seu correspondente na lei privada anterior, cuja redação também merece destaque:

> "Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, *ou* causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, artigos 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553" (destacado).

A primeira e a mais importante diferença é que o dispositivo anterior utilizava a expressão *ou* em vez de *e*, que consta da atual legislação, admitindo o ato ilícito por mera lesão de direitos. Isso, como se pode perceber da fórmula antes apontada, não é mais possível. Em suma, o dano, pela exata dicção legal, é elemento fundamental para o ato ilícito civil e para o correspondente dever de reparar (art. 927, *caput*, do CC).

Entretanto, pontue-se que há uma tendência de se reconhecer a *responsabilidade sem dano*, tema muito bem desenvolvido por Pablo Malheiros Cunha Frota em sua tese de doutorado defendida na UFPR.[4] O assunto ainda será aprofundado neste capítulo.

A segunda é que a disposição atual permite a reparação do *dano moral puro*, sem repercussão patrimonial ("dano exclusivamente moral"). A previsão não tem grande importância prática como inovação, pois tal reparação já era admitida pela Constituição Federal, no seu art. 5.º, V e X.

A consequência do ato ilícito é a obrigação de indenizar, de reparar o dano, nos termos da parte final do art. 927 do CC. Repise-se, conforme exposto no Capítulo 2 desta obra, que este autor está filiado à corrente doutrinária segundo a qual o ato ilícito constitui um fato jurídico, mas não é um ato jurídico, eis que para este exige-se a licitude da conduta.

Ao lado do primeiro conceito de antijuridicidade, o art. 187 do CC traz uma nova dimensão de ilícito, consagrando a *teoria do abuso de direito* como ato ilícito, também conhecida por *teoria dos atos emulativos*. Amplia-se a noção de ato ilícito, para considerar como precursor da responsabilidade civil aquele ato praticado em exercício irregular de direitos, ou seja, o ato é originariamente lícito, mas foi exercido fora dos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé objetiva ou pelos bons costumes. É a redação desse importante comando legal:

> "Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes."

Tal dispositivo está revolucionando a visualização da responsabilidade civil, trazendo nova modalidade de ilícito, precursora do dever de indenizar. Pela análise do art. 187 do CC em vigor, conclui-se que a definição de abuso de direito está baseada em quatro conceitos legais indeterminados, cláusulas gerais que devem ser preenchidas pelo juiz caso a caso, a saber:

a) fim social;
b) fim econômico;
c) boa-fé;
d) bons costumes.

O conceito de abuso de direito é, por conseguinte, aberto e dinâmico, de acordo com a concepção tridimensional de Miguel Reale, pela qual o *Direito é fato, valor e norma*. Eis aqui um conceito que segue a própria filosofia da codificação de 2002. O aplicador da norma, o juiz da causa, deverá ter plena consciência do aspecto social que circunda a lide, para aplicar a lei, julgando de acordo com a sua carga valorativa. Mais do que nunca, com o surgimento e o acatamento do abuso de direito como ato ilícito pelo atual Código Civil, terá força a tese pela qual a atividade do julgador é, sobretudo, ideológica.

Em reforço, o conceito de abuso de direito mantém íntima relação com o princípio da socialidade, adotado pela atual codificação, pois o art. 187 do CC faz referência ao *fim social* do instituto jurídico violado. A análise do termo bons costumes igualmente deve ser sociológica. Nesse diapasão, na *V Jornada de Direito Civil*, aprovou-se enunciado com o seguinte teor: "Os bons costumes previstos no art. 187 do CC possuem natureza subjetiva, destinada ao controle da moralidade social de determinada época; e objetiva, para permitir a sindicância da violação dos negócios jurídicos em questões não abrangidas pela função social e pela boa-fé objetiva" (Enunciado n. 413).

O abuso de direito também interage com o princípio da eticidade, eis que o atual Código Civil prevê as consequências do ato ilícito para a pessoa que age em desrespeito à boa-fé, aqui prevista a

boa-fé de natureza objetiva, relacionada com a conduta leal, proba e integradora das relações negociais. O art. 187 do CC/2002 consagra a *função de controle* exercida pela boa-fé objetiva, fazendo com que o abuso de direito esteja presente na esfera contratual, ou seja, da autonomia privada.

A respeito do conceito de abuso de direito, o mais interessante produzido pela doutrina nacional, inclusive por seu intuito didático, é o de Rubens Limongi França, que em sua *Enciclopédia Saraiva do Direito* definiu o abuso de direito como "um ato jurídico de objeto lícito, mas cujo exercício, levado a efeito sem a devida regularidade, acarreta um resultado que se considera ilícito".[5] Resumindo essa construção, pode-se chegar à conclusão de que o abuso de direito é um *ato lícito pelo conteúdo, ilícito pelas consequências, tendo natureza jurídica mista – entre o ato jurídico e o ato ilícito – situando-se no mundo dos fatos jurídicos em sentido amplo*. Em outras palavras, a ilicitude do abuso de direito está presente na forma de execução do ato. Dessas construções conclui-se que a diferença em relação ao ato ilícito tido como *puro* reside no fato de que o último é ilícito no todo, quanto ao conteúdo e quanto às consequências.

Esclareça-se, na linha do Enunciado n. 539, da *VI Jornada de Direito Civil*, que "o abuso de direito é uma categoria jurídica autônoma em relação à responsabilidade civil. Por isso, o exercício abusivo de posições jurídicas desafia controle independentemente de dano". De fato, cabem, por exemplo, medidas preventivas se o abuso de direito estiver presente, independentemente da presença do dano. Todavia, para que o abuso de direito seja analisado dentro da matéria deste capítulo, o dano deve estar presente, conforme se abstrai do art. 927, *caput*, do CC/2002, que exige o elemento objetivo do prejuízo para que surja a consequente responsabilidade civil do agente.

Em continuidade, para que o abuso de direito esteja presente, nos termos do que está previsto na atual codificação privada, é importante que tal conduta seja praticada quando a pessoa exceda um direito que possui, atuando em *exercício irregular de direito*, conforme anotado por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery.[6] Sendo assim, não há que se cogitar o elemento culpa na sua configuração, bastando que a conduta exceda os parâmetros que constam do art. 187 do CC.

Portanto, conforme o entendimento majoritário da doutrina nacional, presente o abuso de direito, a responsabilidade é objetiva, ou independentemente de culpa. Essa é a conclusão a que chegaram os juristas participantes da *I Jornada de Direito Civil* promovida pelo Conselho da Justiça Federal, com a aprovação do Enunciado n. 37 e que tem a seguinte redação: "Art. 187. A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico".[7]

Para esclarecer o enquadramento do abuso de direito como ato ilícito, serão buscados alguns exemplos dos institutos, já analisados pela doutrina e pela jurisprudência, em uma visão interdisciplinar. Como se concluiu na *V Jornada de Direito Civil*, o abuso de direito tem fundamento constitucional nos princípios da solidariedade, devido processo legal e proteção da confiança,

aplicando-se a todos os ramos do direito (Enunciado n. 414).

a) Direito do Consumidor. A publicidade abusiva como abuso de direito

O conceito de publicidade abusiva pode ser encontrado no art. 37, § 2.º, do CDC, cuja transcrição merece realce, para os devidos aprofundamentos: "§ 2.º É abusiva, dentre outras, a *publicidade discriminatória* de qualquer natureza, a que *incite à violência*, *explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança*, *desrespeita valores ambientais*, ou que *seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança*" (destacado).

Consigne que o dispositivo é aplicado aos casos de oferta, publicidade e propaganda que envolvam a relação de consumo, podendo gerar uma responsabilidade de natureza pré-contratual do fornecedor de produtos ou prestador de serviços. A título de ilustração, cite-se julgado notório do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo o qual considerou ser abusiva uma publicidade que incitava as crianças à destruição de tênis velhos, os quais deveriam ser substituídos por outros novos, situação tida como incentivadora da violência, abusando da inocência das crianças:

> "Ação civil pública. Publicidade abusiva. Propaganda de tênis veiculada pela TV. Utilização da empatia da apresentadora. Induzimento das crianças a adotarem o comportamento da apresentadora destruindo tênis usados para que seus pais comprassem novos, da marca sugerida. Ofensa ao art. 37, § 2.º, do CDC. Sentença condenatória proibindo a veiculação e impondo encargo de contrapropaganda e multa pelo descumprimento da condenação. Contrapropaganda que se tornou inócua ante o tempo já decorrido desde a suspensão da mensagem. Recurso provido parcialmente" (TJSP, Apelação Cível 241.337-1-São Paulo, 3.ª Câmara de Direito Público, Rel. Ribeiro Machado, 30.04.1996, v.u.).

Pela ementa transcrita, nota-se que houve um enquadramento da prática como sendo um *mau costume*, conceito que mantém relação íntima com o texto encontrado no art. 187 do CC.

Outro exemplo de abusividade envolve a publicidade discriminatória, prevista expressamente no texto consumerista, o que gera muitas vezes discussões administrativas. Entre as decisões do Conselho Nacional de Regulamentação Publicitária (CONAR), pode ser extraída ementa do ano de 2009, que tratou de preconceito contra os portugueses. Transcreve-se a decisão para as devidas reflexões:

> "'Arno Laveo'. Representação n.º 441/08. Autor: Conar, a partir de queixa do consumidor. Anunciante: Arno. Relatora: Conselheira Cristina de Bonis. Segunda Câmara. Decisão: Arquivamento. Fundamento: Artigo 27, n.º 1, letra 'a' do Rice. Consumidora de Santo André, no ABC paulista, reclamou ao Conar do comercial de TV veiculado pela Arno. De acordo com a queixa, no referido anúncio há menção desmerecedora e até mesmo discriminatória com relação à determinada etnia, pelo uso de música típica portuguesa associada à conduta pouco inteligente. Além disso, a publicidade, segundo a denúncia, apresenta falta de cuidado dos protagonistas, que acabam provocando a queda de objeto do alto do prédio. Para a consumidora, embora a situação tenha sido utilizada como recurso humorístico, pode constituir-se exemplo inadequado de comportamento perigoso. A defesa alega que o comercial, entendido em seu verdadeiro sentido, nada tem que possa ser considerado um desrespeito aos portugueses, até

porque não existe nenhuma menção à origem dos personagens. Segundo o anunciante, trata-se de uma mensagem lúdica e bem-humorada, na qual aparece uma cena caricata, fantasiosa, de um casal que tenta lavar um ventilador com uma mangueira. O apelo, como argumenta a defesa, apenas ajuda a demonstrar os benefícios do produto, o ventilador Laveo, fácil de desmontar e lavar. O relator concordou com esta linha de argumentação, considerando, em seu parecer, que o comercial revela uma situação absurda e que não há como afirmar que se trata de uma melodia portuguesa, o que descaracteriza a tese da discriminação. Os membros do Conselho de Ética acolheram por unanimidade o voto pelo arquivamento da representação".

Em sentido oposto, ainda a ilustrar e mais recentemente, o mesmo CONAR resolveu suspender campanha publicitária da Red Bull chamada de *Nazaré*, em que Jesus Cristo consumia o produto antes de andar sobre as águas. A decisão, prolatada em março de 2012, foi da 6.ª Câmara do Conselho de Ética (representação n.º 041/2012), concluindo por um atentado a valores religiosos da sociedade brasileira.

b) Direito do Trabalho. A greve abusiva e o abuso de direito do empregador

A vedação do abuso de direito em sede trabalhista tem se tornado comum, com vários julgados afastando a sua prática, particularmente com a imposição de sanções àqueles que o cometem.

O exemplo típico de caracterização do abuso de direito na área trabalhista ocorre no caso de abuso na greve, conforme o art. 9.º, § 2.º, da CF/1988. Sobre o tema, pronunciou-se o Supremo Tribunal Federal:

> "O direito à greve não é absoluto, devendo a categoria observar os parâmetros legais de regência. Descabe falar em transgressão à Carta da República quando o indeferimento da garantia de emprego decorre do fato de se haver enquadrado a greve como ilegal" (STF, RE 184.083, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 18.05.2001).

Partindo-se para as condutas abusivas do empregador, o Tribunal Regional do Trabalho da 2.ª Região, com sede em São Paulo, entendeu pela caracterização do abuso de direito em um caso em que o empregador dispensou um empregado doente. O Tribunal Trabalhista assim concluiu, pois a dispensa do empregado, que seria afastado em virtude de doença profissional, excede os limites da boa-fé objetiva, regramento básico da teoria geral dos contratos e que deve ser aplicado aos contratos de trabalho. Presente o abuso de direito, há o dever de indenizar os danos morais.

Segundo apontou a Juíza Catia Lungov, relatora do recurso ordinário no Tribunal, a empresa cometeu ato ilícito, "pois exerceu direito que excedeu os limites da boa-fé, que norteia a celebração dos contratos em geral, inclusive os de trabalho, consoante estipula o Código Civil em vigor". Ainda segundo a relatora, "restou configurada a imposição de dor moral despropositada ao trabalhador, eis que dispensado quando sem qualquer condição de procurar nova colocação no mercado de trabalho, quando, ao contrário, tinha direito a benefício previdenciário que a atividade da empregadora dificultou e procrastinou". (...) "Nesse sentido, faz jus o autor a indenização por dano moral, que fixo no importe de R$ 3.000,00, compatível com os salários que seriam devidos, considerado o lapso

desde a data em que findou o afastamento médico (29.01.2002) até a da concessão do benefício previdenciário (26.03.2002)" (TRT da 2.ª Região, 7.ª turma, RO 01036.2002.036.02.00-0, julgado em março de 2005). Filia-se integralmente à decisão, que traz diálogo interessante entre as normas de Direito do Trabalho, o Código Civil e a própria Constituição Federal (*diálogo das fontes)*.

Ainda para ilustrar, do mesmo Tribunal, entendeu-se pela configuração do abuso de direito em caso envolvendo a dispensa de empregado e a posterior declaração vexatória por parte do empregador. A ementa do julgado merece transcrição, como exemplo interessante de aplicação da tese do abuso de direito na fase pós-contratual do contrato de trabalho:

> "Dano moral. Justa causa reconhecida. Publicidade vexatória dos fatos da dispensa. Indenização devida pelo empregador. Ainda que reconhecida judicialmente a falta grave, não há como confundir a prática da dispensa por justa causa, plenamente compatível com o legítimo exercício do *jus variandi*, com os danos morais decorrentes da divulgação dos fatos da dispensa pelo empregador, com vistas a produzir a execração pública do empregado. Não pode a empresa, sob pena de caracterização do *bis in idem*, impor penalização adicional que submeta o trabalhador a formas diretas ou indiretas de exclusão. Todo ser humano tem direito à preservação da sua integridade física, moral e intelectual. Mesmo faltoso, processado ou até condenado criminalmente, o trabalhador mantém íntegros e invioláveis os direitos inerentes à sua personalidade e dignidade, afetos aos fundamentos da República (CF/1988, arts. 1.º, III, e 5.º, III e X). O Código Civil de 2002 assegura os direitos da personalidade, que por sua expressão são irrenunciáveis (art. 11) e reparáveis, sempre que lesados (art. 12). *In casu*, a referência nominal ao reclamante, em carta aberta 'a quem possa interessar', encaminhada pelo empregador a amigos e clientes, contendo informações explícitas sobre a dispensa, prática de irregularidades e abertura de inquérito policial, configura abuso de direito, com lesão objetiva à personalidade do autor. Aqui o dano moral se reconhece não pela demissão por justa causa, que até restou confirmada, mas sim pela publicidade nominal, vexatória, desnecessária e claramente persecutória, dos fatos da dispensa e do inquérito policial logo a seguir arquivado, afetando a integridade moral do empregado perante a sociedade e o mercado de trabalho" (TRT 2.ª Região, Recurso Ordinário, j. 10.05.2005, Rel. Ricardo Artur Costa e Trigueiros, Rev. Vilma Mazzei Capatto, Acórdão 20050288908, Processo 00657-2000-064-02-00-3/2003, 4.ª Turma, Data de publicação 20.05.2005).

Por fim, a respeito dessa seara, a própria doutrina trabalhista vem tratando do tema do abuso de direito. Mencione-se o trabalho de Edilton Meireles, que procurou explorar o tema de forma abrangente e exaustiva, trazendo vários exemplos de cláusulas e práticas abusivas no contrato de trabalho, tais como: a remuneração aviltante, a presença de multas contratuais abusivas, a previsão de adicional de assiduidade, a previsão de cláusula de prorrogações sucessivas do contrato provisório, a elaboração de listas de maus empregados, o assédio moral, o rompimento contratual abusivo, o abuso ao não contratar, entre outros.[8]

c) Direito Processual. O abuso no processo, a lide temerária e o assédio judicial

Conforme se extrai da obra de Sílvio de Salvo Venosa, "no direito processual, o abuso de direito caracteriza-se pela lide temerária, trazendo o CPC, nos arts. 14 e 16, descrição pormenorizada da falta processual".[9] No mesmo sentido, as lições de Maria Helena Diniz: "Se o litigante ou exequente (CPC, art. 598), em processo de conhecimento ou de execução, formular pretensões, oferecer defesas ciente de que são destituídas de fundamento, praticar atos probatórios

desnecessários à defesa do direito, alterar intencionalmente a verdade dos fatos, omitir fatos essenciais ao julgamento da causa, enfim, se se apresentarem todas as situações de má-fé arroladas no Código de Processo Civil, art. 17, estará agindo abusivamente e deverá responder por perdas e danos, indenizando a parte contrária dos prejuízos advindos do processo e de sua conduta dolosa”.[10]

Nessa linha de raciocínio, merecem ser transcritos os arts. 16 a 18 do CPC, que servem como parâmetros para a caracterização do *abuso de direito processual ou abuso no processo*, prevendo, o último dispositivo, penalidade processual que não exclui as demais perdas e danos:

> “Art. 16. Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente.”
>
> “Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:
>
> I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
>
> II – alterar a verdade dos fatos;
>
> III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
>
> IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
>
> V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
>
> VI – provocar incidentes manifestamente infundados;
>
> VII – interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.”
>
> “Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.”

Ainda para ilustrar como outra hipótese de *abuso no processo*, pode ser citado o recente tema do *assédio judicial*, presente quando alguém que exerce alguma forma de liderança instiga os liderados a promoverem demandas descabidas contra determinada pessoa. O caso, sem dúvidas, é de abuso de direito processual, devendo ser resolvido pela responsabilidade civil, com a imputação do dever de indenizar.

Por fim quanto às concretizações do abuso no processo, da jurisprudência superior, concluiu o Superior Tribunal de Justiça que “o advogado que ajuizou ação de execução de honorários de sucumbência não só contra a sociedade limitada que exclusivamente constava como sucumbente no título judicial, mas também, sem qualquer justificativa, contra seus sócios dirigentes, os quais tiveram valores de sua conta bancária bloqueados sem aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, deve aos sócios indenização pelos danos materiais e morais que sofreram. Com efeito, a lei não faculta ao exequente escolher quem se sujeitará à ação executiva, independentemente de quem seja o devedor vinculado ao título executivo” (STJ, REsp. 1.245.712/MT, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 11.03.2014, publicado no seu *Informativo* n. *539*).

d) Direito Civil. Direito das Coisas. Abuso no exercício da propriedade

Desde os primórdios do Direito Romano e passando pelo Direito Medieval, o exemplo típico d e *ato emulativo* está relacionado com os abusos decorrentes do exercício do direito de propriedade, principalmente aqueles que envolvem os direitos de vizinhança. Pode-se afirmar que um dos conceitos que mais evoluiu no Direito Privado é o de propriedade, ganhando uma nova roupagem com a promulgação do Código Civil de 2002. As atribuições da propriedade estão previstas no *caput* do art. 1.228 do CC em vigor, que repete parcialmente o que estava previsto no art. 524 do CC/1916. O direito de propriedade é aquele que atribui ao seu titular as prerrogativas de usar, gozar, buscar ou reaver a coisa, sendo oponível contra todos (*erga omnes*).

A reunião dessas quatro prerrogativas ou atributos caracteriza a propriedade plena, sendo necessário observar que esses elementos encontram limitações na própria norma civil codificada, eis que deve a propriedade ser limitada pelos direitos sociais e coletivos. Se na teoria clássica isso já era observado, é de se imaginar que agora, após as revoluções populares históricas, a concepção de propriedade ficou ainda mais restrita. Nesse sentido, interessante verificar como se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, no que concerne à função social da propriedade:

> "O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF/1988, art. 5.º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República. O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade" (STF, ADIn 2.213-MC, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* 23.04.2004).

Cumpre anotar que o Código Civil de 2002 – a exemplo do que fazia a codificação anterior – consagra limitações para a utilização da propriedade, principalmente a imóvel, com a previsão do direito de vizinhança, a partir do seu art. 1.277, que traz regras relacionadas com o uso nocivo da propriedade, com as árvores limítrofes, com a passagem forçada, com as águas e com os limites entre prédios.

Em reforço, o Direito Ambiental, particularmente pelo seu fundamento constitucional relacionado com a função social da propriedade, também trouxe outras importantíssimas limitações, sendo razão relevante para a restrição dos direitos advindos da propriedade. Seguindo essa lógica, merece destaque o que está previsto no § 1.º do art. 1.228 da atual codificação, cujo teor de redação é o seguinte: "o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico, artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas".

Assim sendo, a lei, ao fixar os contornos do conceito de propriedade, determina algumas

limitações no interesse da coletividade. Na defesa do interesse público há restrições relacionadas com a segurança e a defesa nacional, com a economia, com a higiene e saúde pública, com o interesse urbanístico, com a cultura nacional e o patrimônio cultural e artístico. Existem também outras restrições, em defesa do interesse particular, previstas no Código Civil, conforme comentado. Tudo isso estribado no que prevê o Texto Maior, em seu art. 5.º, XXIII, ao consagrar a *função social da propriedade*.

Por tudo isso, e pela concepção de um direito de propriedade relativizado, parece que constitui abuso de direito a situação em que o proprietário se excede no exercício de qualquer um dos atributos decorrentes do domínio, de forma a causar prejuízo a outrem, como ocorre, por exemplo, no caso de danos ambientais e ecológicos. Francisco Amaral assim também elucida: "são exemplos práticos de abuso de direito os que se verificam nas relações de vizinhança, na defesa da propriedade de imóvel invadido, em matéria de usufruto, quando o usufrutuário permite a deterioração do bem usufruído".[11]

O *ato emulativo* no exercício do direito de propriedade está vedado expressamente no § 2.º do art. 1.228 do CC, pelo qual: "são defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem". Fica a ressalva de que igualmente pode estar configurado o ato emulativo se o proprietário tiver vantagens com o prejuízo alheio. A previsão codificada é meramente exemplificativa, e não taxativa.

Como concretização do abuso de direito no exercício da propriedade pode ser citado o contemporâneo exemplo do excesso de animais em casa ou apartamento, conforme o entendimento jurisprudencial:

> "Ação de dano infecto. Nulidade da citação postal. Comparecimento espontâneo do réu. Suprimento do vício. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Mérito. Quantidade excessiva de animais de estimação (gatos) em terreno particular, vindo a comprometer a segurança, o sossego e a saúde dos moradores da propriedade privada contígua. Obrigação de construção de abrigo para os animais, que resguarde a integridade do bem alheio. Sentença mantida. Recurso desprovido. (...) O proprietário ou inquilino de um prédio, tem o direito de impedir que o mau uso da propriedade vizinha, venha a lhe causar prejuízos quanto a segurança, o sossego e a saúde dos moradores. (Apelação cível n. 99.002946-8, Rel. Des. José Volpato de Souza). Caracterizado, no caso concreto, o abuso no exercício do direito de propriedade, por quem mantém em seu terreno mais de vinte e cinco felinos, sem qualquer restrição à circulação para os imóveis lindeiros, o que força compelir o dono à adoção de medidas aptas a obstar tal violação à integridade alheia, mediante obras de confinamento dos animais aos limites do seu terreno, sob pena de pagamento de multa diária (art. 461 do CPC)" (TJSC, Acórdão 2008.082251-0, Cunha Porá, 3.ª Câmara de Direito Civil, Rel.ª Des.ª Maria do Rocio Luz Santa Ritta, *DJSC* 19.05.2009, p. 131).

> "Direito de vizinhança. Uso nocivo da propriedade. Oito cães em pequeno quintal. Ruídos e odores excessivos. Sentença mantida para limitar a dois animais. Recurso improvido" (TJSP, Apelação Cível 846.178-0/0, São Paulo, 36.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Pedro Baccarat, 24.08.2006, v.u., Voto 1.465).

De qualquer forma, surge aqui uma polêmica, relacionada a uma aparente contradição entre o art. 187 do CC e o último dispositivo citado. Isso porque o art. 1.228, § 2.º, do CC, faz referência ao

dolo, ao mencionar a intenção de prejudicar outrem. Sendo assim, o dispositivo estaria a exigir tal elemento para a caracterização do ato emulativo no exercício da propriedade, o que conduziria à responsabilidade subjetiva. Por outra via, como aqui demonstrado, o art. 187 do Código consolida a responsabilidade objetiva (sem culpa), no caso de abuso de direito. Essa contradição foi muito bem observada por Rodrigo Reis Mazzei, que assim conclui:

> "A melhor solução para o problema é a reforma legislativa, com a retirada do disposto no § 2.º do art. 1.228 do Código Civil, pois se eliminará a norma conflituosa, sendo o art. 187 do mesmo diploma suficiente para regular o abuso de direito, em qualquer relação ou figura privada, abrangendo os atos decorrentes do exercício dos poderes inerentes à propriedade. Até que se faça a (reclamada) reforma legislativa, o intérprete e o aplicador do Código Civil devem implementar interpretação restritiva ao § 2.º do art. 1.228, afastando do dispositivo a intenção (ou qualquer elemento da culpa) para a aferição do abuso de direito por aquele que exerce os poderes inerentes à propriedade".[12]

Tem razão o doutrinador. Esse, aliás, é o mesmo raciocínio que consta do Enunciado n. 49 do CJF/STJ, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, pelo qual "a regra do art. 1.228, § 2.º, do novo Código Civil interpreta-se restritivamente, em harmonia com o princípio da função social da propriedade e com o disposto no art. 187". Em síntese, deve prevalecer a regra do art. 187 do CC que serve como leme orientador para os efeitos jurídicos do ato emulativo.

e) Direito Digital ou Eletrônico. "Spam" e abuso de direito

O Direito Digital ou Eletrônico ainda está em vias de formação, como qualquer ciência relacionada à grande rede, a *Internet*. A expressão *Direito Digital* é utilizada pela especialista Patrícia Peck Pinheiro, que leciona: "O Direito Digital consiste na evolução do próprio Direito, abrangendo todos os princípios fundamentais e institutos que estão vigentes e são aplicados até hoje, assim como introduzindo novos institutos e elementos para o pensamento jurídico, em todas as suas áreas (Direito Civil, Direito Autoral, Direito Comercial, Direito Contratual, Direito Econômico, Direito Financeiro, Direito Tributário, Direito Penal, Direito Internacional, etc.)".[13]

Com a ausência de uma lei específica, deve-se compreender que o atual Código Civil pode ser perfeitamente aplicado aos contratos eletrônicos, sendo correto o raciocínio de aplicar as regras gerais de responsabilidade civil às situações que envolvem a Internet, como no caso do instituto do abuso de direito, previsto no art. 187 da nova norma privada.

Como exemplo da última interação, o *spam* nada mais é do que o envio ao consumidor-usuário de publicidade de serviços ou produtos, sem essa tenha sido solicitada. A origem da expressão está no conhecido enlatado americano de presunto, comumente distribuído em tempos de crise, tido como algo indigesto, como é a mensagem eletrônica não solicitada.

O ato de envio constitui abuso de direito – assemelhado ao ato ilícito pelas eventuais consequências –, eis que o usuário da Internet não a solicita, não fornece seu endereço virtual, e,

mesmo assim, recebe em sua caixa de correio eletrônico convites a aderir aos mais variados planos, produtos, grupos, jogos, serviços, entre outros. Após receber tais mensagens, o usuário perderá um bom tempo selecionando, lendo e excluindo aquelas inúmeras mensagens indesejadas.

Pela falência que pode gerar à Internet deve-se entender que o *spam* contraria o fim social e econômico da *grande rede*, o que de imediato serve para enquadrar a prática como abuso de direito ou ato emulativo. Também é forçoso concluir que a conduta dos *spammers* é atentatória à boa-fé objetiva. Uma pessoa que nunca solicitou a mensagem mesmo assim a recebe, o que está distante da probidade e lealdade que se espera das relações interpessoais, ainda que sejam virtuais. O destinatário recebe de um fornecedor para o qual ele nunca deu seu endereço virtual um *e-mail* que se mostra totalmente irrelevante e dispensável.

Em suma, indeclinável em algumas situações o dano material que acaba por atingir interesses da pessoa. Pelo fato de o *spam* produzir também lesão a direitos personalíssimos, deve ser concluído que cabe ao prejudicado o pedido de que a prática cesse, ou a reclamação de perdas e danos, conforme regra expressa do art. 12 do CC. Ilustrando, imagine-se a hipótese de alguém que recebe um *e-mail* não solicitado em seu computador, fazendo com que se perca um trabalho acadêmico escrito há cerca de dois anos. Sem dúvida que caberá a indenização material e moral em casos tais.

4.2 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL OU PRESSUPOSTOS DO DEVER DE INDENIZAR

4.2.1 Primeiras palavras conceituais

Não há unanimidade doutrinária em relação a quais são os elementos estruturais da responsabilidade civil ou pressupostos do dever de indenizar. Assim, será buscado nos entendimentos dos autores brasileiros algo próximo de uma unanimidade. Vejamos:

- Maria Helena Diniz aponta a existência de três elementos, a saber: *a)* existência de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente, isto é, que se apresenta como ato ilícito ou lícito, pois ao lado da culpa como fundamento da responsabilidade civil há o risco; *b)* ocorrência de um dano moral ou patrimonial causado à vítima; *c)* nexo de causalidade entre o dano e a ação, o que constitui o fato gerador da responsabilidade.[14]
- Sílvio de Salvo Venosa leciona que quatro são os elementos do dever de indenizar: *a)* ação ou omissão voluntária; *b)* relação de causalidade ou nexo causal, *c)* dano e *d)* culpa.[15]
- Carlos Roberto Gonçalves leciona que são quatro os pressupostos da responsabilidade civil: *a)* ação ou omissão; *b)* culpa ou dolo do agente; *c)* relação de causalidade; *d)* dano.[16]
- Para Sérgio Cavalieri Filho são três os elementos: *a)* conduta culposa do agente; *b)* nexo causal; *c)* dano.[17]

A primeira conclusão é que, tradicionalmente, a doutrina continua considerando a culpa

genérica ou *lato sensu* como pressuposto do dever de indenizar, em regra. Todavia, há doutrinadores que deduzem ser a culpa genérica um *elemento acidental* da responsabilidade civil, como é o caso de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, que apresentam somente três elementos para o dever de indenizar: *a)* conduta humana (positiva ou negativa), *b)* dano ou prejuízo e *c)* nexo de causalidade.[18] De qualquer forma, ainda prevalece o entendimento de que a culpa em sentido amplo ou genérico é sim elemento essencial da responsabilidade civil, tese à qual este autor se filia. Desse modo, pode ser apontada a existência de quatro pressupostos do dever de indenizar, reunindo os doutrinadores aqui destacados:

a) conduta humana;
b) culpa genérica ou *lato sensu*;
c) nexo de causalidade;
d) dano ou prejuízo.

Passa-se, separadamente, ao estudo de tais elementos da responsabilidade civil ou pressupostos do dever de indenizar.

4.2.2 Conduta humana

Para alguns autores, como exposto, a conduta humana e a culpa podem ser fundidas como um só elemento subjetivo da responsabilidade civil. Para fins didáticos, preferimos dividi-las. Assim sendo, a conduta humana pode ser causada por uma ação (conduta positiva) ou omissão (conduta negativa) voluntária ou por negligência, imprudência ou imperícia, modelos jurídicos que caracterizam o dolo e a culpa, respectivamente.

A regra é a ação ou conduta positiva; já para a configuração da omissão é necessário que exista o dever jurídico de praticar determinado ato, bem como a prova de que a conduta não foi praticada. Em reforço, para a omissão é necessária ainda a demonstração de que, caso a conduta fosse praticada, o dano poderia ter sido evitado. A ilustrar a aplicação dessas premissas a respeito da omissão, a jurisprudência nacional tem entendido que o condomínio, em regra, não responde pelo roubo ou furto do veículo no seu interior, uma vez que não há por parte deste, ou de seus prepostos, o dever legal de impedir o ilícito. Nesse sentido:

> "Agravo regimental no agravo de instrumento. Responsabilidade civil. Condomínio. Furto em unidade autônoma. Matéria de prova. Súmula 7/STJ. Alegada existência de cláusula de responsabilidade. Súmula 5/STJ. Preposto. Responsabilidade objetiva do condomínio. Ausência de prequestionamento. Súmula 211/STJ. Precedentes. 1. A Segunda Seção desta Corte firmou entendimento no sentido de que 'O condomínio só responde por furtos ocorridos nas suas áreas comuns se isso estiver expressamente previsto na respectiva convenção'. (EREsp 268669/SP, Relator o Ministro Ari Pargendler, *Dj* 26.04.2006) 2. Na hipótese dos autos, o acórdão recorrido está fundamentado no fato de que: (a) o furto ocorreu no interior de uma unidade

autônoma do condomínio e não em uma área comum; (b) o autor não logrou êxito em demonstrar a existência de cláusula de responsabilidade do condomínio em indenizar casos de furto e roubo ocorridos em suas dependências. 3. Para se concluir que o furto ocorreu nas dependências comuns do edifício e que tal responsabilidade foi prevista na Convenção do condomínio em questão, como alega a agravante, seria necessário rever todo o conjunto fático probatório dos autos, bem como analisar as cláusulas da referida Convenção, medidas, no entanto, incabíveis em sede de recurso especial, a teor das Súmulas 5 e 7 desta Corte. 4. Impossibilidade de análise da questão relativa à responsabilidade objetiva do condomínio pelos atos praticados por seus prespostos por ausência de prequestionamento. 5. Agravo regimental a que se nega provimento" (STJ, AgRg no Ag 1102361/RJ, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, j. 15.06.2010, *DJe* 28.06.2010).

"Responsabilidade civil. Indenização por danos morais. Roubo em condomínio. Sentença que não padece de nulidade, já que se reportou a prova emprestada (no que tange ao Regulamento Interno do Condomínio). Roubo em edifício comercial. Autor que laborava em um dos escritórios do edifício. Improcedência. Regulamento Interno isenta o condomínio de responsabilidade acerca de roubos ou furtos havidos em suas dependências. Alegada conduta negligente de seus prepostos também não evidenciada. Roubo ocorrido por volta das 23:30 hs (horário em que a portaria não mais funcionava). Ademais, trata-se de hipótese de força maior. Utilização de grave ameaça (arma de fogo) pelos meliantes. Inviável a responsabilização do condomínio pelo evento. Sentença mantida. Recurso improvido" (TJSP, Apelação com Revisão 570.269.4/4, Acórdão 2689958, Santos, 8.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Salles Rossi, j. 26.06.2008, *DJESP* 17.07.2008).

"Indenização. Responsabilidade civil. Furto de veículo de condômino, quando guardado na garagem do condomínio. Falta de prova de que o condomínio, com rateio correspondente, mantém serviço específico de guarda e vigilância. Improcedência. Recurso provido" (TJSP, Apelação Cível 228.722-1, São Paulo, 2.ª Câmara Civil, Rel. J. Roberto Bedran, 26.09.1995, v.u.).

Como se pode perceber dos próprios julgados, o condomínio somente responde quando há um comprometimento com a segurança. De fato, a correta conclusão é a de que pela falta de segurança pública quem deve responder, em regra, é o Estado.

Sabe-se que a regra é a responsabilidade que decorre da conduta ou ato próprio, respondendo o agente com o seu patrimônio, nos termos do art. 942, *caput*, do CC: "os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e se a ofensa tiver mais de um autor, todos respondem solidariamente pela reparação". O dispositivo abraçou o *princípio da responsabilidade civil patrimonial*, agora em sede de responsabilidade civil extracontratual.

Por fim, anote-se que além de responder por ato próprio, o que acaba sendo a regra da responsabilidade civil, a pessoa pode responder por ato de terceiro, como nos casos previstos no art. 932 do CC. Pode ainda responder por fato de animal (art. 936 do CC), por fato de uma coisa inanimada (arts. 937 e 938 do CC) ou mesmo por um produto colocado no mercado de consumo (arts. 12, 13, 14, 18 e 19 da Lei 8.078/1990). Todas as hipóteses legais ainda serão abordadas na presente obra.

4.2.3 A culpa genérica ou *lato sensu*

Esclareça-se que, quando se fala em *responsabilidade com ou sem culpa*, leva-se em conta a

culpa em sentido amplo ou a *culpa genérica* (culpa *lato sensu*), que engloba o dolo e a culpa estrita (*stricto sensu*). Vejamos tais conceitos de forma detalhada.

4.2.3.1 O dolo

O dolo constitui uma violação intencional do dever jurídico com o objetivo de prejudicar outrem. Trata-se da ação ou omissão voluntária mencionada no art. 186 do CC. Nos termos do que consta do art. 944, *caput*, do Código Civil, presente o dolo, vale a regra do *princípio da reparação dos danos*, o que significa que todos os danos suportados pela vítima serão indenizados. Isso porque, presente o dolo do agente, em regra, não se pode falar em culpa concorrente da vítima ou de terceiro, a gerar a redução por equidade da indenização. Porém, se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano (art. 944, parágrafo único, do CC).

O dolo, na responsabilidade civil, merece o mesmo tratamento da culpa grave ou gravíssima. A conclusão, de que o dolo equivale à culpa grave, vem do brocardo latino *culpa lata dolo aequiparatur*, originário do Direito Romano, e com grande aplicação na atualidade.

Para o Direito Civil não interessa o estudo da classificação do Direito Penal quanto ao dolo e, consequentemente, dos conceitos de *dolo eventual, dolo não eventual* ou *preterdolo*. Em todos esses casos, o agente deverá arcar integralmente quanto a todos os prejuízos causados ao ofendido. Em suma, repise-se que, presente o dolo, a indenização a ser paga pelo agente deve ser plena.

4.2.3.2 *Da culpa estrita ou* stricto sensu

A partir das lições do italiano Chironi, a culpa pode ser conceituada como sendo o desrespeito a um dever preexistente, não havendo propriamente uma intenção de violar o dever jurídico.[19] Na doutrina nacional, Sérgio Cavalieri Filho apresenta três elementos na caracterização da culpa: *a)* a conduta voluntária com resultado involuntário; *b)* a previsão ou previsibilidade; e *c)* a falta de cuidado, cautela, diligência e atenção. Conforme os seus ensinamentos, "em suma, enquanto no dolo o agente quer a conduta e o resultado, a causa e a consequência, na culpa a vontade não vai além da ação ou omissão. O agente quer a conduta, não, porém, o resultado; quer a causa, mas não quer o efeito".[20] Concluindo, deve-se retirar da culpa o elemento intencional, que está presente no dolo.

Em uma visão subjetiva que ainda persiste na atual codificação civil, a culpa é relacionada com os seguintes modelos jurídicos, retirados também do art. 18 do Código Penal:

Imprudência	Falta de cuidado + ação (prevista no art. 186 do CC). Exemplo: dirigir em alta velocidade.

Negligência	Falta de cuidado + omissão (também constante do art. 186 do CC). Exemplo: a empresa que não treina o empregado para exercer determinada função.
Imperícia	Falta de qualificação ou treinamento para desempenhar uma determinada função, própria dos profissionais liberais. Consta do art. 951 do CC, para os que atuam na área da saúde. Exemplo: o médico que faz cirurgia sem ter habilitação para tanto.

Pertinente, mais uma vez, deixar claro que para o Direito Civil não importa se o autor agiu com dolo ou culpa, sendo a consequência inicial a mesma, qual seja, a imputação do dever de reparação do dano ou indenização dos prejuízos. Todavia, os critérios para a fixação da indenização são diferentes, eis que os arts. 944 e 945 da atual codificação consagram a chamada *redução equitativa da indenização*.

Pois bem, para a presente matéria, é pertinente estudar as principais classificações da culpa *stricto sensu*, conforme ensina a melhor doutrina:

I) *Quanto à origem:*

a) *Culpa contratual* – presente nos casos de desrespeito a uma norma contratual ou a um dever anexo relacionado com a boa objetiva e que exige uma conduta leal dos contratantes em todas as fases negociais. O desrespeito à boa-fé objetiva pode gerar a responsabilidade pré-contratual, contratual e pós-contratual da parte que a violou, o que é interpretação dos Enunciados n. 25 e 170 CJF, aprovados nas *Jornadas de Direito Civil*. Justamente por isso é que se pode falar na *culpa ao contratar* ou *culpa in contrahendo*, conforme a antiga tese desenvolvida por Ihering.

b) *Culpa extracontratual ou aquiliana* – é resultante da violação de um dever fundado em norma do ordenamento jurídico o um abuso de direito. Fala-se, nesse contexto, em *culpa contra a legalidade*, nos casos de desrespeito às normas do Código Brasileiro de Trânsito. Outros exemplos: homicídio e lesões corporais.

II) *Quanto à atuação do agente:*

a) *Culpa in comittendo* – conceito relacionado com a imprudência, ou seja, com uma ação ou comissão.

b) *Culpa in omittendo* – alinhada à negligência, à omissão.

III) *Quanto ao critério da análise pelo aplicador do direito:*

a) *Culpa in concreto* – analisa-se a conduta de acordo com o caso concreto, o que é sempre recomendável, tendo em vista o sistema adotado pelo Código Civil de 2002.

b) *Culpa in abstrato* – leva-se em conta a *pessoa natural comum*, ou seja, o antigo critério do *homem médio*. Recomenda-s utilização da primeira expressão, pois o art. 1.º do CC prefere *pessoa* a *homem* (art. 2.º do CC/1916), afastando qualquer discriminação na utilização da expressão no masculino. As duas formas de culpa (*in concreto + in abstrato*) devem interagir entre si, ou seja, deve-se analisar o caso concreto levando-se em conta a normalidade do comportamento humano. Isso, para que conclusão do aplicador do direito seja justa e razoável.

IV) *Quanto à sua presunção*, surgem três modalidades de culpa:

a) *Culpa in vigilando* – há uma quebra do dever legal de vigilância como era o caso, por exemplo, da responsabilidade do pai pelo filho, do tutor pelo tutelado, do curador pelo curatelado, do dono de hotel pelo hóspede e do educador pelo educando.

b) *Culpa extracontratual ou aquiliana* – é resultante da violação de um dever fundado em norma do ordenamento jurídico o um abuso de direito. Fala-se, nesse contexto, em *culpa contra a legalidade*, nos casos de desrespeito às normas do Código Brasileiro de Trânsito. Exemplos: situações envolvendo acidentes de trânsito, homicídio, lesões corporais, entre

outros.

c) *Culpa in custodiendo* – a presunção da culpa decorreria da falta de cuidado em se guardar uma coisa ou animal.

ATENÇÃO: Deve-se concluir, como parcela majoritária da doutrina, que não se pode falar mais nessas modalidades de culpa presumida, hipóteses anteriores de responsabilidade subjetiva. Essa conclusão se dá porque as hipóteses de culpa *in vigilando* e culpa *in eligendo* estão regulamentadas pelo art. 932 do CC, consagrando o art. 933 a adoção da *teoria do risco*, ou seja, que tais casos são de responsabilidade objetiva, não se discutindo culpa. Nessa linha, propusemos enunciado na *V Jornada de Direito Civil*, assim aprovado: "A responsabilidade civil por ato de terceiro funda-se na responsabilidade objetiva ou independente de culpa, estando superado o modelo de culpa presumida" (Enunciado n. 451). No tocante à antiga culpa *in custodiendo* por ato de animal, o art. 936 do CC traz *responsabilidade objetiva* do dono ou detentor de animal por fato danoso causado, eis que o próprio dispositivo prevê as excludentes de responsabilidade (culpa exclusiva da vítima e força maior), situação típica de objetivação, conforme também reconhecido por enunciado aprovado na V Jornada de Direito Civil (Enunciado n. 452). No que concerne à culpa *in custodiendo* por outras coisas inanimadas (incluindo os produtos), os arts. 937 e 938 do CC e o próprio Código de Defesa do Consumidor também consagram a responsabilidade sem culpa (objetiva). De início, na doutrina, vejamos as palavras de Anderson Schreiber: "o Código Civil brasileiro de 2002 converteu em hipóteses de responsabilidade objetiva inúmeras situações de culpa presumida a que a jurisprudência vinha dando um tratamento rigoroso. É o que se verifica na responsabilidade por fato de terceiro, como a dos pais pelos atos dos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia (art. 932, inciso I), ou a já mencionada responsabilidade dos tutores e curadores, por pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições (art. 932, inciso II). Também foi o que ocorreu com a responsabilidade por fato de animais, em que se eliminou a excludente fundada na demonstração de que houvera guarda e vigilância do animal 'com cuidado preciso', constante da codificação de 1916".[21] No mesmo sentido, as lições de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, em sua tese de livre-docência, defendida na Universidade de São Paulo: "o colossal art. 933 do novo Código, em caráter coadjuvante, determina que as pessoas indicadas no artigo antecedente (os pais, o tutor, o curador, o empregador) responderão pelos atos daqueles indicados e a eles relacionados (os filhos menores, os pupilos, os curatelados e os empregados), ainda que não haja culpa de sua parte. Trata-se da tão ansiada transição da culpa presumida e do ônus probatório invertido para uma objetivação efetiva dessa responsabilidade *in casu*".[22] Outros doutrinadores nacionais, em reforço, veem com bons olhos a superação do modelo anterior, não se falando mais em culpa presumida em tais situações, mas em responsabilidade sem culpa (objetiva).[23] A partir dessas ideias, deve ser tida como totalmente cancelada, doutrinariamente, a Súmula 341 do STF, mediante a qual seria presumida a culpa do empregador por ato do seu empregado. Na verdade, o caso não é mais de culpa presumida, mas de responsabilidade objetiva (arts. 932, III, e 933 do CC). Espera-se que o STF efetivamente cancele a citada Súmula 341, para que não pairem dúvidas entre os aplicadores do Direito.

V) *Quanto ao grau de culpa:*

a) *Culpa lata ou culpa grave* – há uma imprudência ou negligência crassa. O agente até que não queria o resultado, mas agi com tamanha culpa de tal forma que parecia que o quisesse. Em casos tais, o efeito é o mesmo do dolo, ou seja, o ofensor deverá pagar indenização integral (*culpa lata dolo aequiparatur – a culpa grave equipara-se ao dolo*).

b) *Culpa leve* ou culpa média – é a culpa intermediária, situação em que a conduta se desenvolve sem a atenção normalmente devida. Utiliza-se como padrão a pessoa humana comum *(culpa in abstrato)*. Em havendo culpa intermediária e concorrente em relação a terceiro ou à própria vítima, merecem aplicação os arts. 944 e 945 do CC, pelos quais a indenização mede-se pela extensão do dano e pelo grau de culpa dos envolvidos. E mais: havendo excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano poderá o juiz reduzir equitativamente a indenização, especialmente se a vítima tiver concorrido para o evento danoso.

c) *Culpa levíssima* – no menor grau possível, situação em que o fato só teria sido evitado mediante o emprego de cautelas extraordinárias ou de especial habilidade. No Direito Civil, em regra, responde-se inclusive pela culpa levíssima, porque se

tem em vista a extensão do dano (art. 944 do CC). Continua valendo, portanto, aquele antigo norte romano, baseado no brocardo *in lex Aquili et levíssima culpa venit*. Todavia, presente a culpa levíssima, a indenização a ser paga deverá ser reduzida mais ainda, eis que o art. 945 do CC atual enuncia que a mesma deve ser fixada de acordo com o grau de culpabilidade. Cumpre destacar que os arts. 944 e 945 têm incidência para a fixação da indenização por danos morais. Nessa linha, podem ser citados dois enunciados aprovados na *V Jornada de Direito Civil*, de autoria de Wladimir A. Marinho Falcão Cunha, professor da UFPB. O primeiro deles preconiza que "Embora o reconhecimento dos danos morais se dê em numerosos casos independentemente de prova (*in re ipsa*), para a sua adequada quantificação, deve o juiz investigar, sempre que entender necessário, as circunstâncias do caso concreto, inclusive por intermédio da produção de depoimento pessoal e da prova testemunhal em audiência" (Enunciado n. 455). O segundo tem a seguinte redação: "O grau de culpa do ofensor ou a sua eventual conduta intencional deve ser levado em conta pelo juiz para a quantificação do dano moral" (Enunciado n. 458).

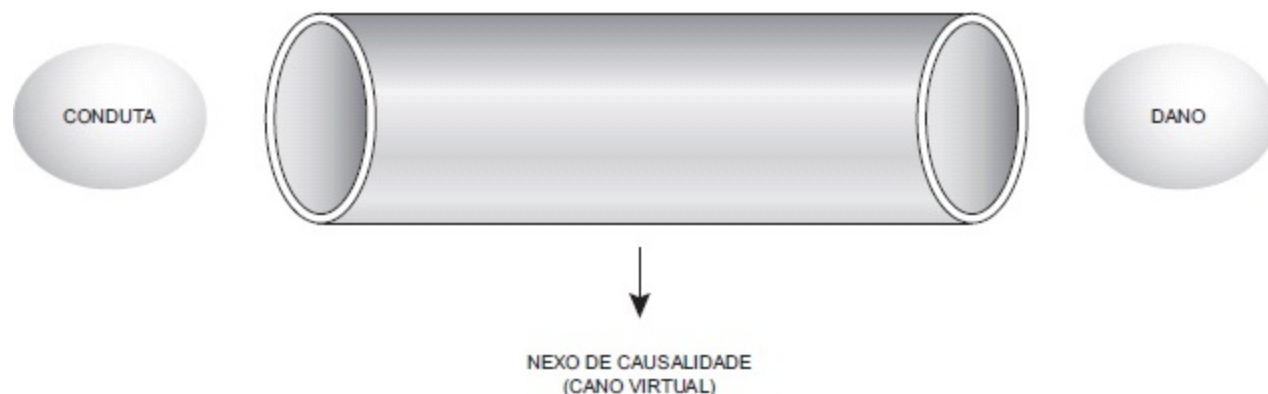
ATENÇÃO: Questão de debate intenso é a possibilidade de aplicação dos arts. 944 e 945 do Código Civil para a responsabilidade objetiva. Respondendo negativamente, na *I Jornada de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça foi aprovado o Enunciado doutrinário n. 46, com a seguinte original: "a possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida no parágrafo único do art. 944 do novo Código Civil, deve ser interpretada restritivamente, por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano, não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva". Todavia, quando da *IV Jornada de Direito Civil* este autor propôs enunciado doutrinário que suprimiu a parte final do enunciado anterior, o que acabou sendo aprovado por maioria entre os presentes (Enunciado n. 380 do CJF/STJ: "Atribui-se nova redação ao Enunciado n. 46 da *I Jornada de Direito Civil*, com a supressão da parte final: não se aplicando às hipóteses de responsabilidade objetiva"). Alerte-se que em relação à primeira parte do enunciado, ela é perfeita, porque realmente a redução por equidade da indenização constitui uma exceção ao princípio da reparação integral do dano, pelo qual todos os danos sofridos pelas vítimas devem ser indenizados. Nesse ínterim, aliás, enunciado aprovado na *V Jornada de Direito Civil*, de autoria de Gustavo Tepedino: "A redução equitativa da indenização tem caráter excepcional e somente será realizada quando a amplitude do dano extrapolar os efeitos razoavelmente imputáveis à conduta do agente" (Enunciado n. 457). Pois bem, em casos de responsabilidade objetiva, poderá o réu alegar a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, visando afastar *totalmente* a sua responsabilidade. Para tanto, vale conferir os arts. 12, § 3.º, e 14, § 3.º, ambos do CDC (Lei 8.078/1990). Dessa forma, se o suposto agente *pode o mais*, que é alegar a excludente total de responsabilidade visando afastar a indenização, *pode o menos*, que é alegar a *conduta concorrente* visando diminuir o *quantum* indenizatório. Trata-se de aplicação da *teoria do risco concorrente*, desenvolvida por este autor em outra obra, fruto de sua tese de doutorado na Universidade de São Paulo.[24] Pode-se falar ainda em *fato concorrente da vítima*, para não utilizar a expressão *culpa*. Adotando tais premissas, na *V Jornada de Direito Civil* (2011), foi aprovado o seguinte enunciado doutrinário, de nossa autoria: "A conduta da vítima pode ser fator atenuante do nexo de causalidade na responsabilidade civil objetiva" (Enunciado n. 459). É importante dizer que essa redução equitativa da indenização em casos tais é admitida pelo próprio Código Civil de 2002, no seu novel art. 738, parágrafo único, que trata do contrato de transporte, situação típica de responsabilidade objetiva ("Se o prejuízo sofrido pela pessoa transportada for atribuível à transgressão de normas e instruções regulamentares, o juiz reduzirá equitativamente a indenização, na medida em que a vítima houver concorrido para a ocorrência do dano"). Ilustre-se com a situação do *pingente do trem*, aquele que viaja pendurado do lado de fora do vagão, havendo julgados que diminuem a indenização pela culpa ou pelo risco assumido pelo próprio passageiro (ver, sobre o pingente: STJ, REsp 226.348/SP, Rel. Min. Castro Filho, 3.ª Turma, j. 19.09.2006, *DJ* 23.10.2006, p. 294. Anote-se que para o STJ os casos de *surfista de trem*, daqueles que viajam sobre o vagão, geralmente por espírito de aventura, são de *culpa exclusiva da vítima*: STJ, REsp 160.051/RJ, Data da decisão: 05.12.2002, 3.ª Turma, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, *DJ* 17.02.2003, p. 268). Igualmente no que concerne à concorrência de causas na responsabilidade objetiva, concluiu mais recentemente aquela Corte Superior que, "no caso de atropelamento de pedestre em via férrea, configura-se a concorrência de causas quando: a concessionária do transporte ferroviário descumpre o dever de cercar e fiscalizar os limites da linha férrea, mormente em locais urbanos e populosos, adotando conduta negligente no tocante às necessárias práticas de cuidado e vigilância tendentes a evitar a ocorrência de sinistros; e a vítima adota conduta imprudente, atravessando a composição ferroviária em local inapropriado" (STJ, REsp 1.210.064/SP, Rel. Min. Luis Felipe

Salomão, j. 08.08.2012, publicado no *Informativo* n. *501*). Em outro aresto, de 2013, o mesmo Tribunal da Cidadania aplicou a ideia de *risco concorrente* em caso envolvendo a responsabilidade objetiva bancária, fundada no Código de Defesa do Consumidor. Houve a redução do valor reparatório pela conduta da vítima, uma pessoa jurídica consumidora, que contribuiu para o próprio prejuízo pela falta de diligência na emissão de títulos de crédito (STJ, REsp 1.349.894/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3.ª Turma, j. 04.04.2013, *DJe* 11.04.2013). Em suma, a culpa concorrente, o fato concorrente e o risco concorrente da vítima são amplamente admitidos como atenuantes do nexo de causalidade na responsabilidade objetiva, conduzindo à redução equitativa da indenização.

4.2.4 O nexo de causalidade

O nexo de causalidade ou nexo causal constitui o elemento imaterial ou virtual da responsabilidade civil, constituindo a relação de causa e efeito entre a conduta culposa ou o risco criado e o dano suportado por alguém. Vejamos três construções doutrinárias para esclarecimentos:

- Caio Mário da Silva Pereira – "Para que se concretize a responsabilidade é indispensável se estabeleça uma interligação entre a ofensa à norma e o prejuízo sofrido, de tal modo que se possa afirmar ter havido o dano 'porque' o agente procedeu contra o direito".[25]
- Carlos Roberto Gonçalves – "Uma relação necessária entre o fato incriminado e o prejuízo. É necessário que se torne absolutamente certo que, sem esse fato, o prejuízo não poderia ter lugar."[26]
- Sérgio Cavalieri Filho – "Trata-se de noção aparentemente fácil, mas que, na prática, enseja algumas perplexidades (...). O conceito de nexo causal não é jurídico; decorre das leis naturais. É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado".[27]

Com intuito didático, é possível afirmar que, como elemento imaterial ou espiritual que é, pode-se imaginar o nexo de causalidade tal qual um *cano virtual*, que liga os elementos da conduta e do dano. O desenho a seguir demonstra essa convicção, que serve como simbologia para compreender a categoria jurídica:

Ora, a responsabilidade civil, mesmo objetiva, não pode existir sem a relação de causalidade entre o dano e a conduta do agente. Se houver dano sem que a sua causa esteja relacionada com o comportamento do suposto ofensor, inexiste a relação de causalidade, não havendo a obrigação de indenizar. Fundamental, para tanto, conceber a seguinte relação lógica:

- Na responsabilidade subjetiva o nexo de causalidade é formado pela culpa genérica ou *lato sensu*, que inclui o dolo e a culpa estrita (art. 186 do CC).
- Na responsabilidade objetiva o nexo de causalidade é formado pela conduta, cumulada com a previsão legal de responsabilizaç sem culpa ou pela *atividade de risco* (art. 927, parágrafo único, do CC).

Existem várias teorias justificadoras do nexo de causalidade, muitas já discutidas no âmbito penal. A partir da doutrina de Gustavo Tepedino [28] e Gisela Sampaio da Cruz,[29] *três delas merecem destaque e aprofundamentos*:

a) *Teoria da equivalência das condições ou do histórico dos antecedentes* (*sine qua non*) – enuncia que todos os fatos relativos ao evento danoso geram a responsabilidade civil. Segundo Tepedino, "considera-se, assim, que o dano não teria ocorrido se não fosse a presença de cada uma das condições que, na hipótese concreta, foram identificadas precedentemente ao resultado danoso".[30] Essa teoria, não adotada no sistema nacional, tem o grande inconveniente de ampliar em muito o nexo de causalidade.
b) *Teoria da causalidade adequada* – teoria desenvolvida por Von Kries, pela qual se deve identificar, na presença de uma possível causa, aquela que, de forma potencial, gerou o evento dano. Por esta teoria, somente o fato relevante ao evento danoso gera a responsabilidade civil, devendo a indenização ser adequada aos fatos que a envolvem, mormente nas hipóteses de concorrência de causas. Essa teoria consta dos arts. 944 e 945 do atual Código Civil, sendo a prevalecente na opinião deste autor. Nesse sentido, o Enunciado n. 47 do CJF/STJ, da *I Jornada de Direito Civil*, preleciona que o art. 945 não exclui a teoria da causalidade adequada.
c) *Teoria do dano direto e imediato ou teoria da interrupção do nexo causal* – havendo violação do direito por parte do credor ou do terceiro, haverá interrupção do nexo causal com a consequente irresponsabilidade do suposto agente. Desse modo, somente devem ser reparados os danos que decorrem como efeitos necessários da conduta do agente. Essa teoria foi adotada pelo art. 403 do CC, sendo a prevalecente segundo parcela considerável da doutrina, caso de Gustavo Tepedino e Gisela Sampaio da Cruz, nas obras citadas.

A jurisprudência nacional hesita entre as duas últimas teorias, seja nos tribunais inferiores ou superiores. Ilustrando:

- Adotando a teoria da causalidade adequada: STJ, AgRg no Ag 682.599/RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4.ª Turma, j. 25.10.2005, *DJ* 14.11.2005, p. 334; STJ, REsp 669.258/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, 2.ª Turma, j. 27.02.2007, *DJe* 25.03.2009; TJSP, Apelação Cível 174.633-5/2, Campinas, 9.ª Câmara de Direito Público, Rel. Antonio Rulli, 11.05.2005, v.u.; TJRS, Número do processo: 70015163611, Data: 24.08.2006, 12.ª Câmara Cível, Juiz Rel. Dálvio Leite Dias Teixeira, Origem: Comarca de Bagé.
- Adotando a teoria do dano direto e imediato: STJ, REsp 719.738/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1.ª Turma, j. 16.09.200 *DJe* 22.09.2008; STJ, REsp 776.732/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, 2.ª Turma, j. 08.05.2007, *DJ* 21.05.2007, p. 558; TJRS, Número do processo: 71001044320, Data: 15.02.2007, 1.ª Turma Recursal Cível, Juiz Rel. Carlos Eduardo Richinitti, Origem: Comarca de Porto Alegre; TJDF, Apelação Cível 20020111004889APC-DF, Acórdão 218093, 4.ª Turma Cível, Data: 18.04.2005, Rel. Cruz Macedo, *Diário da Justiça do DF* 28.06.2005, p. 123.

Destaque-se que há até julgado no Superior Tribunal de Justiça que afirma que as duas teorias são sinônimas (nesse sentido, ver: STJ, REsp 325.622/RJ, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do TRF 1.ª Região), Quarta Turma, j. 28.10.2008, *DJe* 10.11.2008). Não nos

parece a melhor solução. Há uma sutil diferença entre as teorias, eis que a causalidade adequada valoriza mais a concausalidade, os fatos concorrentes e o grau de culpa dos envolvidos. Por outra via, para a teoria do dano direto imediato ganham relevo as excludentes totais de responsabilidade.

A verdade é que as duas teorias integram expressamente do Código Civil de 2002, que criou o impasse. A teoria do dano direto e imediato já constava do art. 1.060 do CC/1916, reproduzido pelo art. 403 do CC/2002. A teoria da causalidade adequada foi introduzida pelos arts. 944 e 945 do CC/2002, que tratam da fixação da indenização por equidade. Os dois últimos dispositivos são os que devem prevalecer, na opinião deste autor, pois de acordo com o *espírito* e a principiologia da atual codificação privada.

Superado esse ponto teórico, não se pode esquecer o estudo das excludentes totais do nexo de causalidade, que *obstam* a sua existência e que deverão ser analisadas pelo aplicador do direito no caso concreto. Essas excludentes mantêm relação com a *teoria do dano direto e imediato*, segundo a doutrina que adota essa corrente. De qualquer forma, deve-se dizer que tais excludentes também não afastam a *teoria da causalidade adequada*. São elas:

– a culpa *exclusiva* ou o fato *exclusivo* da vítima;
– a culpa *exclusiva* ou o fato *exclusivo* de terceiro;
– o caso fortuito e a força maior.

Primeiramente, percebe-se que foram destacadas as expressões *exclusiva e exclusivo*, pois, em havendo culpa ou fato concorrente, seja da vítima ou de terceiro, o dever de indenizar subsistirá. A culpa concorrente, ou o fato concorrente, como exposto, apenas abranda a responsabilização, ou seja, *atenua o nexo de causalidade, o que é incidência direta da causalidade adequada*.

A respeito dos conceitos de caso fortuito e força maior, como é notório, não há unanimidade doutrinária. Sendo assim, este autor entende ser melhor, do ponto de vista didático, definir o caso fortuito como o evento totalmente imprevisível decorrente de ato humano ou de evento natural. Já a força maior constitui um evento previsível, mas inevitável ou irresistível, decorrente de uma ou outra causa. São seguidas as diferenciações apontadas por Orlando Gomes.[31] Todavia, consigne-se que muitos doutrinadores e julgadores entendem que tais conceitos são sinônimos.[32]

Não há dúvidas de que as excludentes de nexo de causalidade servem, em regra, tanto para a responsabilidade subjetiva quanto para a objetiva. Porém, em algumas situações uma determinada excludente é descartada pela lei, *agravando a responsabilidade civil*. Ilustrando, a culpa exclusiva de terceiro não é admitida como excludente nos transporte de pessoas, respondendo o transportador perante o passageiro vitimado e assegurado o seu direito de regresso contra o real culpado (art. 735 do CC).

Não se olvide que tais excludentes de nexo de causalidade devem ser analisadas caso a caso pelo aplicador do Direito. É preciso verificar se o evento correlato tem ou não relação com o *risco do empreendimento ou risco proveito*, ou seja, com a atividade desenvolvida pelo suposto responsável. Em outras palavras, é forçoso constatar se o fato entra ou não no chamado *risco de negócio*. Nessa linha, na *V Jornada de Direito Civil* aprovou-se enunciado interessante prevendo que "O caso fortuito e a força maior somente serão considerados como excludentes da responsabilidade civil quando o fato gerador do dano não for conexo à atividade desenvolvida" (Enunciado n. 443).

Vejamos, a título de exemplo, a questão do assalto à mão armada, que entra na discussão referente ao caso fortuito e à força maior. Deve-se verificar onde o assalto ocorre e se o serviço prestado que está relacionado ao evento.

Sendo assim, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que o transportador rodoviário ou municipal não responde pelo assalto ao passageiro, pois a segurança não é essencial ao serviço prestado. De outra forma, afirma-se que o risco da atividade não abrange o assalto, havendo um caso fortuito ou uma força maior (nesse sentido, ver, por exemplo: STJ, REsp 783.743/RJ; REsp 435.865/RJ; REsp 402.227/RJ; REsp 331.801/RJ; REsp 468.900/RJ; REsp 268.110/RJ e REsp 714.728/MT).

Do ano de 2012, acórdão do mesmo Superior Tribunal de Justiça considerou que o roubo no caso do serviço prestado pelos correios constitui um evento externo, a excluir a responsabilidade civil do prestador de serviços. Conforme o julgado, "O roubo mediante uso de arma de fogo é fato de terceiro equiparável à força maior, que deve excluir o dever de indenizar, mesmo no sistema de responsabilidade civil objetiva, por se tratar de fato inevitável e irresistível que gera uma impossibilidade absoluta de não ocorrência do dano. Não é razoável exigir que os prestadores de serviço de transporte de cargas alcancem absoluta segurança contra roubos, uma vez que a segurança pública é dever do Estado, também não havendo imposição legal obrigando as empresas transportadoras a contratar escoltas ou rastreamento de caminhão e, sem parecer técnico especializado, nem sequer é possível presumir se, por exemplo, a escolta armada seria eficaz para afastar o risco ou se o agravaria pelo caráter ostensivo do aparato" (STJ, REsp 976.564/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 20.09.2012).

Já em relação ao assalto ocorrido em estabelecimentos bancários, a jurisprudência do STJ tem afastado a sua caracterização como caso fortuito ou força maior, mantendo o dever de indenizar da instituição bancária, pois a segurança é essencial ao serviço prestado, entrando no risco do empreendimento ou risco-proveito (nesse sentido, ver: STJ, REsp 694.153/PE, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, 4.ª Turma, j. 28.06.2005, *DJ* 05.09.2005, p. 429). Entende-se que a responsabilidade do banco existe no seu interior ou no seu estacionamento.

Todavia, se o assalto ocorrer na via pública, evento conhecido como "saidinha de banco", a instituição não pode responder, eis que o evento foge do risco do empreendimento, constituindo um fato externo. Nos termos de acórdão publicado no *Informativo* n. *512* do STJ, de fevereiro de 2013, "a instituição financeira não pode ser responsabilizada por assalto sofrido por sua correntista em via pública, isto é, fora das dependências de sua agência bancária, após a retirada, na agência, de valores em espécie, sem que tenha havido qualquer falha determinante para a ocorrência do sinistro no sistema de segurança da instituição. O STJ tem reconhecido amplamente a responsabilidade objetiva dos bancos pelos assaltos ocorridos no interior de suas agências, em razão do risco inerente à atividade bancária. Além disso, já se reconheceu, também, a responsabilidade da instituição financeira por assalto acontecido nas dependências de estacionamento oferecido aos seus clientes exatamente com o escopo de mais segurança. Não há, contudo, como responsabilizar a instituição financeira na hipótese em que o assalto tenha ocorrido fora das dependências da agência bancária, em via pública, sem que tenha havido qualquer falha na segurança interna da agência bancária que propiciasse a atuação dos criminosos após a efetivação do saque, tendo em vista a inexistência de vício na prestação de serviços por parte da instituição financeira. Além do mais, se o ilícito ocorre em via pública, é do Estado, e não da instituição financeira, o dever de garantir a segurança dos cidadãos e de evitar a atuação dos criminosos. Precedente citado: REsp 402.870/SP, *DJ* 14/2/2005" (STJ, REsp 1.284.962/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 11.12.2012).

O mesmo raciocínio é desenvolvido pelo Superior Tribunal de Justiça no que concerne ao assalto praticado no interior de um *shopping center*, respondendo a empresa, pois o fato entra no risco do empreendimento, não se cogitando o caso fortuito ou a força maior (STJ, REsp 582.047/RS, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, j. 17.02.2009, *DJe* 04.08.2009). O *shopping* deve responder mesmo no caso de tentativa de assalto ocorrida próximo à cancela de seu estacionamento, uma vez que, "tratando-se de relação de consumo, incumbe ao fornecedor do serviço e do local do estacionamento o dever de proteger a pessoa e os bens do consumidor. A sociedade empresária que forneça serviço de estacionamento aos seus clientes deve responder por furtos, roubos ou latrocínios ocorridos no interior do seu estabelecimento; pois, em troca dos benefícios financeiros indiretos decorrentes desse acréscimo de conforto aos consumidores, assume-se o dever – implícito na relação contratual – de lealdade e segurança, como aplicação concreta do princípio da confiança" (STJ, REsp 1.269.691/PB, Rel. originária Min. Isabel Gallotti, Rel. para acórdão Min. Luis Felipe Salomão, j. 21.11.2013, publicado no seu *Informativo* n. *534*).

De forma diferente deve ser a conclusão se um psicopata metralhar as pessoas no interior de cinema de *shopping*, como ocorreu no caso envolvendo conhecido estudante de medicina na cidade de São Paulo. Como concluiu o Superior Tribunal de Justiça em julgado publicado no seu *Informativo* n. *433*, o episódio é totalmente externo ou estranho ao risco do empreendimento, não se podendo falar em responsabilização civil dos prestadores de serviços em casos tais (STJ, REsp

1164889/SP, Rel. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Quarta Turma, j. 04.05.2010, *DJe* 19.11.2010).

Essa forma de julgar foi confirmada pela mesma Corte Superior em aresto mais recente, segundo o qual "'*não se revela razoável exigir das equipes de segurança de um cinema ou de uma administradora de* shopping centers *que previssem, evitassem ou estivessem antecipadamente preparadas para conter os danos resultantes de uma investida homicida promovida por terceiro usuário*, mesmo porque tais medidas não estão compreendidas entre os deveres e cuidados ordinariamente exigidos de estabelecimentos comerciais de tais espécies' (REsp 1.384.630/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. p/ Acórdão Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 20.02.2014, *DJe* 12.06.2014). Assim, se o *shopping* e o cinema não concorreram para a eclosão do evento que ocasionou os alegados danos morais, não há que se lhes imputar qualquer responsabilidade, sendo certo que esta deve ser atribuída, com exclusividade, em hipóteses tais, a quem praticou a conduta danosa, ensejando, assim o reconhecimento do fato de terceiro, excludente do nexo de causalidade e, em consequência, do dever de indenizar (art. 14, § 3.º, inc. II, CDC)" (STJ, REsp 1.133.731/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, 4.ª Turma, j. 12.08.2014, *DJe* 20.08.2014).

Encerrando o estudo do tema, o Superior Tribunal de Justiça editou súmula no ano de 2012, estabelecendo que as instituições bancárias respondam pelas fraudes praticadas por terceiros no âmbito de sua atuação. A título de exemplo, podem ser citados os roubos e furtos de talões de cheques, a clonagem de cartões ou de clientes e as fraudes praticadas pela internet. Prescreve a Súmula 479 daquela Corte Superior que "As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias". A súmula merece um reparo crítico na redação, uma vez que todas as citadas fraudes constituem *eventos internos*, entrando no risco do empreendimento ou no risco da atividade desenvolvida pelos bancos (*risco do negócio*).

Como se pode notar, as excludentes de nexo, especialmente o caso fortuito e a força maior, merecem análise casuística pelo aplicador do Direito, aprofundando-se o estudo na verificação da atividade desenvolvida pelo eventual responsável.

4.2.5 Dano ou prejuízo

Como é notório, para que haja pagamento de indenização, além da prova de culpa ou dolo na conduta é necessário comprovar o dano patrimonial ou extrapatrimonial suportado por alguém. Em regra, não há responsabilidade civil sem dano, cabendo o ônus de sua prova ao autor da demanda, aplicação do art. 333, I, do CPC.

Prevê a Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça que é possível a cumulação, em uma mesma

ação, de pedido de reparação material e moral. Assim, logo após a Constituição Federal de 1988, que reconheceu os danos morais como reparáveis, a jurisprudência superior passou a admitir a *cumulação dupla dos danos*.

A tendência atual é de se reconhecer os *novos danos*, ampliando o teor da Súmula. Nesse contexto, o próprio Superior Tribunal de Justiça editou em 2009 a Súmula 387, admitindo a cumulação dos danos estéticos com os danos morais e, obviamente, também com os danos materiais (*cumulação tripla*).

Diante desse contexto de ampliação, em que o dano assume papel fundamental na matéria da responsabilidade civil, pode-se elaborar o seguinte quadro, que aponta quais são os *danos clássicos ou tradicionais e* os *danos novos ou contemporâneos*, na realidade jurídica nacional:

> *Danos clássicos ou tradicionais – Danos materiais e danos morais.*
>
> *Danos novos ou contemporâneos – Danos estéticos, danos morais coletivos, danos sociais e danos por perda de uma chance.*

Cumpre anotar que, em relação à coletivização dos danos, a comissão de responsabilidade civil da *V Jornada de Direito Civil* aprovou enunciado importante, com o seguinte teor: “A expressão ‘dano’, no art. 944, abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos, a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas” (Enunciado n. 456). O enunciado doutrinário confirma a premissa de ampliação das categorias de danos reparáveis em nosso País. Parte-se ao estudo das respectivas modalidades, de forma pontual.

4.2.5.1 Danos patrimoniais ou materiais

Os danos patrimoniais ou materiais constituem prejuízos ou perdas que atingem o patrimônio corpóreo de alguém. Pelo que consta dos arts. 186 e 403 do Código Civil não cabe reparação de dano hipotético ou eventual, necessitando tais danos de prova efetiva, em regra. Nos termos do art. 402 do CC, os danos materiais podem ser assim subclassificados:

> – *Danos emergentes* ou *danos positivos – o que efetivamente se perdeu*. Como exemplo típico, pode ser citado o estrago do automóvel, no caso de um acidente de trânsito. Como outro exemplo, a regra do art. 948, I, do CC, para os casos de homicídio, devendo os familiares da vítima ser reembolsados pelo pagamento das despesas com o tratamento do morto, seu funeral e o luto da família.
>
> – *Lucros cessantes* ou *danos negativos – o que razoavelmente se deixou de lucrar*. No caso de acidente de trânsito, poderá pleitear lucros cessantes o taxista, que deixou de receber valores com tal evento, fazendo-se o cálculo dos lucros cessantes de acordo com a tabela fornecida pelo sindicato da classe e o tempo de impossibilidade de trabalho (TJSP,

Apelação Cível 1.001.485-0/2, São Paulo, 35.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Artur Marques, 28.08.2006, v.u., Voto 11.954). Como outro exemplo de lucros cessantes, cite-se, no caso de homicídio, a prestação dos *alimentos indenizatórios, ressarcitórios* ou *indenitários*, devidos à família do falecido, mencionada no art. 948, II, do CC.

O tema dos *alimentos indenizatórios* merece aprofundamentos de estudo, pois dos mais relevantes na realidade jurisprudencial brasileira. Esclareça-se que tais alimentos não se confundem com o de Direito de Família, motivo pelo qual a jurisprudência tem entendido, com razão, que não cabe prisão pela falta do seu pagamento (nesse sentido, ver: STJ, REsp 93.948/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, 3.ª Turma, j. 02.04.1998, *DJ* 01.06.1998, p. 79).

É devida indenização a título de lucros cessantes aos dependentes do falecido, levando-se em conta a vida provável daquele que faleceu. Segundo a jurisprudência superior, o cálculo dessa vida provável deve obedecer à expectativa de vida fixada pelo IBGE, atualmente em 74 anos (nesse sentido, ver: REsp 268.265/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, *DJ* 17.06.2002; REsp 72.793/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJ* 06.11.2000). Em termos gerais, o cálculo dos alimentos indenizatórios é feito da seguinte forma pelo Superior Tribunal de Justiça (ver: REsp 698.443/SP, Rel. Min. Jorge Scartezzini, 4.ª Turma, j. 01.03.2005, *DJ* 28.03.2005, p. 288):

2/3 do salário da vítima por mês + FGTS, 13.º salário, férias e eventuais horas extras (se a vítima tinha carteira de trabalho), até o limite de vida provável da vítima.

Eventualmente, se a vítima faleceu após a idade limite de vida provável, faz-se um cálculo de sobrevida, de acordo com as suas condições gerais, que pode variar de dois a cinco anos, ou até mais.

Tais valores, relativos à responsabilidade civil, não excluem as verbas previdenciárias, eis que, conforme a Súmula 229 do STF, a indenização acidentária não exclui a de direito comum, nos casos de dolo ou culpa grave do empregador. Releve-se que o Superior Tribunal de Justiça continua a aplicar o teor deste enunciado jurisprudencial, não analisando sequer o dolo ou a culpa grave, que somente é pertinente para a fixação do *quantum* indenizatório (nesse sentido, ver: STJ, REsp 203.166/MG, Data da decisão: 03.02.2000, 3.ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito e, mais recentemente: REsp 406.815/MG, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 12.06.2012, publicado no *Informativo* n. *497* do STJ).

Outro ponto a ser abordado é que, em alguns casos, o próprio Superior Tribunal de Justiça tem quebrado a regra de que a indenização deve ser fixada tendo como parâmetro a vida provável da vítima falecida. Imagine-se um caso em que o filho dependente tem 17 anos, enquanto o pai falecido, 54 anos. Ora, se for levada em conta a vida provável daquele que faleceu, o filho receberá uma indenização a título de lucros cessantes até a idade de 37 anos, ou seja, quando o pai completasse 74

anos. Isso é inconcebível diante de um Código Civil que veda o enriquecimento sem causa e prega a eticidade. Desse modo, correto o entendimento que fixa a indenização tendo como parâmetro a idade de 24 ou 25 anos do filho, limite correto da relação de dependência (nesse sentido, ver: STJ, REsp 275.274/MG, Data da decisão: 17.04.2001, 3.ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, *DJ* 03.09.2001, p. 220).

Sendo a vítima filho menor, cabe debate se poderão os pais pedir indenização a título de lucros cessantes. Prevalece o teor da Súmula 491 do STF segundo a qual "é indenizável o acidente que causa a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado". O entendimento sumulado é aplicado aos casos envolvendo famílias de baixa renda, hipótese em que o dano material por lucros cessantes às economias domésticas é tido como presumido (*in re ipsa*).

Da jurisprudência superior é correto o entendimento de que o cálculo da indenização deve ser feito com base em um salário mínimo (ou 2/3 deste), do período em que o menor tiver 14 anos, até os 24 ou 25 anos, limite temporal em que colaboraria o menor com as economias domésticas (nesse sentido, ver: STJ, REsp 335.058/PR, Data da decisão: 18.11.2003, 1.ª Turma, Min. Humberto Gomes de Barros, *DJ* 15.12.2003, p. 185). Todavia, anote-se que há julgados mais recentes que deferem os alimentos indenizatórios aos pais após a idade de 25 anos do menor. Supõe-se que o filho contribuiria com a economia doméstica dos pais em 1/3 dos seus rendimentos, até a idade de sua vida provável (assim: STJ, REsp 740.059/RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4.ª Turma, j. 12.06.2007, *DJ* 06.08.2007, p. 500). Merece crítica a última conclusão, eis que não se pode deduzir, pelo padrão geral de conduta do brasileiro, que o filho continuará a contribuir para as economias domésticas dos pais após constituir a sua própria família. Em suma, estamos filiados ao julgado anterior, consubstanciado no Recurso Especial 335.058/PR.

4.2.5.2 Danos morais

A reparabilidade dos danos imateriais é relativamente *nova* em nosso País, tendo sido tornada pacífica com a Constituição Federal de 1988, pela previsão expressa no seu art. 5.º, V e X.

A melhor corrente categórica é aquela que conceitua os danos morais como lesão a direitos da personalidade, sendo essa a visão que prevalece na doutrina brasileira.[33] Alerte-se que para a sua reparação não se requer a determinação de um *preço* para a dor ou o sofrimento, mas sim um meio para atenuar, em parte, as consequências do prejuízo imaterial, o que traz o conceito de *lenitivo, derivativo* ou *sucedâneo*. Por isso é que se utiliza a expressão *reparação* e não *ressarcimento* para os danos morais.

Cumpre esclarecer que não há, no dano moral, uma finalidade de acréscimo patrimonial para a vítima, mas sim de compensação pelos males suportados. Tal dedução justifica a não incidência de imposto de renda sobre o valor recebido a título de indenização por dano moral, o que foi

consolidado pela Súmula 498 do Superior Tribunal de Justiça, do ano de 2012.

Deve ficar claro que para a caracterização do dano moral não há obrigatoriedade da presença de sentimentos negativos, conforme enunciado aprovado na *V Jornada de Direito Civil*: “O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento” (Enunciado n. 445). Cite-se, a título de exemplo, o dano moral da pessoa jurídica que, por óbvio, não passa por tais situações (Súmula 227 do STJ).

Em complemento, quanto à pessoa natural, tem entendido o Superior Tribunal de Justiça que, nos casos de lesão a valores fundamentais protegidos pela Constituição Federal, o dano moral dispensa a prova dos citados sentimentos humanos desagradáveis, presumindo-se o prejuízo. Nesse contexto, “sempre que demonstrada a ocorrência de ofensa injusta à dignidade da pessoa humana, dispensa-se a comprovação de dor e sofrimento para configuração de dano moral. Segundo doutrina e jurisprudência do STJ, onde se vislumbra a violação de um direito fundamental, assim eleito pela CF, também se alcançará, por consequência, uma inevitável violação da dignidade do ser humano. A compensação nesse caso independe da demonstração da dor, traduzindo-se, pois, em consequência *in re ipsa*, intrínseca à própria conduta que injustamente atinja a dignidade do ser humano. Aliás, cumpre ressaltar que essas sensações (dor e sofrimento), que costumeiramente estão atreladas à experiência das vítimas de danos morais, não se traduzem no próprio dano, mas têm nele sua causa direta” (REsp 1.292.141/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.12.2012, publicado no seu *Informativo* n. *513*).

Feitas tais considerações sobre o dano moral, vejamos as suas principais classificações, extraídas da melhor doutrina e da visão do presente autor:

I) Quanto ao sentido da categoria:

– *Dano moral, em sentido próprio* – constitui aquilo que a pessoa sente (dano moral *in natura*), causando na pessoa dor, tristeza, vexame, humilhação, amargura, sofrimento, angústia e depressão.

– *Dano moral em sentido impróprio ou em sentido amplo* – constitui qualquer lesão aos direitos da personalidade, como, por exemplo, à opção sexual. Na linha do exposto não necessita da prova do sofrimento em si para a sua caracterização.

II) Quanto à necessidade ou não de prova:

– *Dano moral provado* ou *dano moral subjetivo* – constituindo regra geral, segundo o atual estágio da jurisprudência nacional, é aquele que necessita ser comprovado pelo autor da demanda, ônus que lhe cabe.

– *Dano moral objetivo* ou *presumido* (*in re ipsa*) – não necessita de prova, como nos casos de morte de pessoa da família, lesão estética, lesão a direito fundamental protegido pela Constituição Federal ou uso indevido de imagem para fins lucrativos (Súmula 403 do STJ).

III) Quanto à pessoa atingida:

– *Dano moral direto* – é aquele que atinge a própria pessoa, a sua honra subjetiva (autoestima) ou objetiva (repercussão social da honra).

– *Dano moral indireto* ou *dano moral em ricochete* – é aquele que atinge a pessoa de forma reflexa, como nos casos de

morte de uma pessoa da família (art. 948, *caput*, do CC), lesão à personalidade do morto (art. 12, parágrafo único, do CC) e perda de uma coisa de estima, caso de um animal de estimação (art. 952 do CC). Em suma, o dano atinge uma pessoa ou coisa e repercute em outra pessoa, *como uma bala que ricocheteia*. Como se percebe, amplas são as suas hipóteses, muito além da situação descrita no art. 948 do Código Civil, conforme reconhece o Enunciado n. 560 da *VI Jornada de Direito Civil* (2013).

Superadas essas importantes classificações, parte-se ao estudo de algumas *questões controvertidas* relacionadas ao tema dos danos morais.

a) Danos morais x *transtornos. A perda do tempo útil e o crescimento da tese da responsabilidade civil sem dano*.

Tanto doutrina como jurisprudência sinalizam para o fato de que os danos morais suportados por alguém não se confundem com os meros transtornos ou aborrecimentos que a pessoa sofre no dia a dia. Isso sob pena de colocar em descrédito a própria concepção da responsabilidade civil e do dano moral. Cabe ao juiz, analisando o caso concreto e diante da sua experiência, apontar se a reparação imaterial é cabível ou não. Nesse sentido, foi aprovado, na *III Jornada de Direito Civil*, o Enunciado n. 159 do Conselho da Justiça Federal, pelo qual o dano moral não se confunde com os meros aborrecimentos decorrentes de prejuízo material.

Para concretizar tal dedução, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido de forma reiterada que *a mera quebra de um contrato ou o mero descumprimento contratual não gera dano moral* (nessa linha: STJ, Ag. Rg. 303.129/GO, Data da decisão: 29.03.2001, 3.ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, *DJ* 28.05.2001, p. 199). De qualquer forma, esclareça-se que o próprio STJ tem entendido que a negativa do pagamento de indenização por seguradora gera um dano moral presumível no caso concreto (STJ, REsp 811.617/AL, Rel. Min. Jorge Scartezzini, 4.ª Turma, j. 21.11.2006, *DJ* 19.03.2007, p. 359). Dentro do mesmo raciocínio, de acordo com a ideia do caráter pedagógico da indenização por danos morais, do que se falará adiante, o STJ tem entendido que a recusa de custeio das despesas por parte de empresa de plano de saúde não é mero aborrecimento, mas constitui dano moral presumido (STJ, REsp 880.035/PR, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 21.11.2006).

Em suma, o que se percebe é que a jurisprudência do STJ tem entendido que o descumprimento do contrato que envolva valores fundamentais protegidos pela CF/1988 pode gerar dano moral presumido ou *in re ipsa*. Além da tutela da saúde, mencionada acima, destaque-se decisão que entendeu do mesmo modo em negócio de incorporação imobiliária, presumindo o dano moral pelo longo tempo em que o adquirente ficou sem o imóvel destinado para sua moradia. Vejamos a publicação, constante do *Informativo* n. *473* do STJ:

> “Dano moral. Incorporação imobiliária. Há mais de 12 anos houve a assinatura do contrato de promessa de compra e venda de uma unidade habitacional. Contudo, passados mais de nove anos do prazo previsto para a entrega, o empreendimento

imobiliário não foi construído por incúria da incorporadora. Nesse contexto, vê-se que a inexecução causa séria e fundada angústia no espírito do adquirente a ponto de transpor o mero dissabor oriundo do corriqueiro inadimplemento do contrato, daí ensejar, pela peculiaridade, o ressarcimento do dano moral. Não se desconhece a jurisprudência do STJ quanto a não reconhecer dano moral indenizável causado pelo descumprimento de cláusula contratual, contudo há precedentes que excepcionam as hipóteses em que as circunstâncias atinentes ao ilícito material têm consequências severas de cunho psicológico, mostrando-se como resultado direto do inadimplemento, a justificar a compensação pecuniária, tal como ocorre na hipótese. Outrossim, é certo que a Lei n. 4.591/1964 (Lei do Condomínio e Incorporações) determina equiparar o proprietário do terreno ao incorporador, imputando-lhe responsabilidade solidária pelo empreendimento. Mas isso se dá quando o proprietário pratica atividade que diga respeito à relação jurídica incorporativa, o que não ocorreu na hipótese, em que sua atuação, conforme as instâncias ordinárias, limitou-se à mera alienação do terreno à incorporadora, o que não pode ser sindicado no especial, por força da Súm. n. 7-STJ. Destarte, no caso, a responsabilidade exclusiva pela construção do empreendimento é, sem dúvida, da incorporadora. Precedentes citados: REsp 1.072.308-RS, *DJe* 10.06.2010; REsp 1.025.665-RJ, *DJe* 09.04.2010; REsp 617.077-RJ, *DJe* 29.04.2011; AgRg no Ag 631.106-RJ, *DJe* 08.10.2008, e AgRg no Ag 1.010.856-RJ, *DJe* 1.º.12.2010" (STJ, REsp. 830.572/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 17.05.2011).

Ressalte-se que, para a análise do caso concreto de violação a direitos fundamentais, servem como parâmetros os direitos consagrados pelos arts. 5.º a 7.º da CF/1988, que perfazem a concretização da cláusula geral de tutela da pessoa humana (art. 1.º, III, do Texto Maior). Nessa linha, na *V Jornada de Direito Civil*, aprovou-se enunciado doutrinário proposto por este autor, com seguinte sentido: "O descumprimento de um contrato pode gerar dano moral, quando envolver valor fundamental protegido pela Constituição Federal de 1988" (Enunciado n. 411).

Seguindo no estudo do tema e dos exemplos, cabe trazer à tona o debate a respeito da reparação de danos pela presença de *corpos estranhos* em produtos alimentares.

O Superior Tribunal de Justiça sempre entendeu que a simples presença de um corpo estranho, sem o posterior consumo, não geraria a reparação imaterial. Vejamos, a título de ilustração, acórdão do Superior Tribunal de Justiça em que se pleiteou indenização imaterial diante de um inseto encontrado dentro de um refrigerante, assim publicado no seu *Informativo* n. *426*:

"Dano moral. Inseto. Refrigerante. O dano moral não é pertinente pela simples aquisição de refrigerante com inseto, sem que seu conteúdo tenha sido ingerido, por se encontrar no âmbito dos dissabores da sociedade de consumo, sem abalo à honra, ausente situação que produza no consumidor humilhação ou represente sofrimento em sua dignidade. Com esse entendimento, a Turma deu provimento ao recurso da sociedade empresarial, invertendo o ônus da sucumbência. Precedentes citados: AgRg no Ag 276.671-SP, *DJ* 8.5.2000; AgRg no Ag 550.722-DF, *DJ* 3.5.2004, e AgRg no AgRg no Ag 775.948-RJ, *DJe* 3.3.2008" (STJ, REsp 747.396-DF, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 09.03.2010).

De toda sorte, ato contínuo de julgamento, aquele Tribunal Superior posicionou-se no passado pela presença do dano moral quando o inseto é ingerido pelo consumidor que o encontra em um produto. Vejamos publicação no *Informativo* n. *472*:

"Dano moral. Consumidor. Alimento. Ingestão. Inseto. Trata-se de REsp em que a controvérsia reside em determinar a responsabilidade da recorrente pelos danos morais alegados pelo recorrido, que afirma ter encontrado uma barata no interior

da lata de leite condensado por ela fabricado, bem como em verificar se tal fato é capaz de gerar abalo psicológico indenizável. A Turma entendeu, entre outras questões, ser incontroverso, conforme os autos, que havia uma barata dentro da lata de leite condensado adquirida pelo recorrido, já que o recipiente foi aberto na presença de testemunhas, funcionários do Procon, e o laudo pericial permite concluir que a barata não entrou espontaneamente pelos furos abertos na lata, tampouco foi através deles introduzida, não havendo, portanto, ofensa ao art. 12, § 3.º, do CDC, notadamente porque não comprovada a existência de culpa exclusiva do recorrido, permanecendo hígida a responsabilidade objetiva da sociedade empresária fornecedora, ora recorrente. Por outro lado, consignou-se que a indenização de R$ 15 mil fixada pelo tribunal *a quo* não se mostra exorbitante. Considerou-se a sensação de náusea, asco e repugnância que acomete aquele que descobre ter ingerido alimento contaminado por um inseto morto, sobretudo uma barata, artrópode notadamente sujo, que vive nos esgotos e traz consigo o risco de inúmeras doenças. Note-se que, de acordo com a sentença, o recorrente já havia consumido parte do leite condensado, quando, por uma das pequenas aberturas feitas para sorver o produto chupando da própria lata, observou algo estranho saindo de uma delas, ou seja, houve contato direto com o inseto, o que aumenta a sensação de mal-estar. Além disso, não há dúvida de que essa sensação se protrai no tempo, causando incômodo durante longo período, vindo à tona sempre que se alimenta, em especial do produto que originou o problema, interferindo profundamente no cotidiano da pessoa" (STJ, REsp 1.239.060-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 10.05.2011).

Em sentido próximo ao último julgamento, deduziu a mesma Corte Superior que o dano moral está presente quando é encontrado um preservativo dentro de uma lata de extrato de tomate. O valor fixado a título de indenização foi de R$10.000,00 (dez mil reais), ressaltando-se a função educadora da reparação imaterial (STJ, REsp 1.317.611/RS, Min. Rel. Nancy Andrighi, j. 12.06.2012, publicado no *Informativo* n. *499*).

Em 2014, surgiu outra tendência no Tribunal da Cidadania, que passou a considerar a reparação de danos imateriais mesmo nos casos em que o produto não é consumido. Inaugurou-se, assim, uma forma de julgar que admite a reparação civil pelo *perigo de dano*, não mais tratada a hipótese como de mero aborrecimento ou transtorno cotidiano. Vejamos o teor da ementa, que foi publicada no *Informativo* n. *537* daquela Corte Superior:

"Recurso especial. Direito do consumidor. Ação de compensação por dano moral. Aquisição de garrafa de refrigerante contendo corpo estranho em seu conteúdo. Não ingestão. Exposição do consumidor a risco concreto de lesão à sua saúde e segurança. Fato do produto. Existência de dano moral. Violação do dever de não acarretar riscos ao consumidor. Ofensa ao direito fundamental à alimentação adequada. Artigos analisados: 4.º, 8.º, 12 e 18, CDC, e 2.º, Lei 11.346/2006. 1. Ação de compensação por dano moral, ajuizada em 20.04.2007, da qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao gabinete em 10.06.2013. 2. Discute-se a existência de dano moral na hipótese em que o consumidor adquire garrafa de refrigerante com corpo estranho em seu conteúdo, sem, contudo, ingeri-lo. 3. A aquisição de produto de gênero alimentício contendo em seu interior corpo estranho, expondo o consumidor a risco concreto de lesão à sua saúde e segurança, ainda que não ocorra a ingestão de seu conteúdo, dá direito à compensação por dano moral, dada a ofensa ao direito fundamental à alimentação adequada, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana. 4. Hipótese em que se caracteriza defeito do produto (art. 12, CDC), o qual expõe o consumidor a risco concreto de dano à sua saúde e segurança, em clara infringência ao dever legal dirigido ao fornecedor, previsto no art. 8.º do CDC. 5. Recurso especial não provido" (STJ, REsp 1.424,304/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 11.03.2014, *DJe* 19.05.2014).

Para o presente autor, trata-se de um caminhar para o reconhecimento da responsabilidade sem dano. Na doutrina contemporânea, como antes destacado, o tema é tratado por Pablo Malheiros da

Cunha Frota, em sua tese de doutorado defendida na UFPR.[34] Destaca o professor que os juristas presentes no encontro de 2013 dos Grupos de Pesquisa em Direito Civil Constitucional, liderados pelos Professores Gustavo Tepedino (UERJ), Luiz Edson Fachin (UFPR) e Paulo Lôbo (UFPE), editaram a Carta de Recife. Nas suas palavras, "um dos pontos debatidos e que se encontra na Carta de Recife, documento haurido das reflexões apresentadas pelos pesquisadores no citado encontro, foi justamente a preocupação com essa situação de responsabilidade com e sem dano, como consta do seguinte trecho da aludida Carta: 'A análise crítica do dano na contemporaneidade impõe o caminho de reflexão sobre a eventual possibilidade de se cogitar da responsabilidade sem dano'".[35]

Sem dúvidas, essa reflexão é imperiosa e poderá alterar todas as balizas teóricas da responsabilidade civil. O grande desafio, entretanto, é saber determinar os limites para a nova tese, que pode gerar situações de injustiça, mormente de pedidos totalmente imotivados, fundados em reais meros aborrecimentos, comuns no Brasil.

Seguindo nos exemplos, fato corriqueiro que é, poder-se-ia imaginar que uma espera exagerada em fila de banco constituiria um mero aborrecimento, não caracterizador do dano moral ao consumidor. Todavia, o Superior Tribunal de Justiça concluiu recentemente de forma contrária, condenando a instituição pelo excesso de tempo perdido pelo usuário do serviço. A *decisium* foi assim publicada no *Informativo* n. *504* daquela Corte Superior: "O dano moral decorrente da demora no atendimento ao cliente não surge apenas da violação de legislação que estipula tempo máximo de espera, mas depende da verificação dos fatos que causaram sofrimento além do normal ao consumidor. Isso porque a legislação que determina o tempo máximo de espera tem cunho administrativo e trata da responsabilidade da instituição financeira perante a Administração Pública, a qual poderá aplicar sanções às instituições que descumprirem a norma. Assim, a extrapolação do tempo de espera deverá ser considerada como um dos elementos analisados no momento da verificação da ocorrência do dano moral. No caso, além da demora desarrazoada no atendimento, a cliente encontrava-se com a saúde debilitada e permaneceu o tempo todo em pé, caracterizando indiferença do banco quanto à situação. Para a Turma, o somatório dessas circunstâncias caracterizou o dano moral. Por fim, o colegiado entendeu razoável o valor da indenização em R$ 3 mil, ante o caráter pedagógico da condenação. Precedentes citados: AgRg no Ag 1.331.848-SP, *DJe* 13.09.2011; REsp 1.234.549-SP, *DJe* 10.02.2012, e REsp 598.183-DF, *DJe* 27.11.2006" (STJ, REsp 1.218.497/MT, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 11.09.2012).

Seguindo nas concretizações, mais recentemente, o mesmo Tribunal da Cidadania concluiu que é cabível a reparação de danos morais quando o consumidor de veículo zero quilômetro necessita retornar à concessionária por diversas vezes para reparar defeitos apresentados no veículo adquirido (STJ, REsp 1.443.268/DF, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 03.06.2014, publicado no seu *Informativo* n. *544*).

Deve-se atentar, mais uma vez, para certa ampliação dos casos de dano moral, em que está

presente um *aborrecimento relevante*, notadamente pela *perda do tempo útil*. Reafirme-se que essa ampliação de situações danosas, inconcebíveis no passado, representa outro caminhar para a reflexão da responsabilidade civil sem dano, na opinião deste autor.

Como bem exposto por Vitor Guglinski, "a ocorrência sucessiva e acintosa de mau atendimento ao consumidor, gerando a perda de tempo útil, tem levado a jurisprudência a dar seus primeiros passos para solucionar os dissabores experimentados por milhares de consumidores, passando a admitir a reparação civil pela perda do tempo livre".[36]

Por fim, como reforço de ilustração a respeito de demandas de indenização descabidas, cite-se a decisão do Supremo Tribunal Federal que afastou pedido reparatório pela perda de uma frasqueira contendo objetos de maquiagem de uma mulher, eis que não obstante um fato desagradável, não gera dano moral indenizável (STF, RE 387.014/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, 2.ª Turma, j. 08.06.2004, *DJ* 25.06.2004, p. 57).

b) Danos morais da pessoa jurídica

Outra questão controvertida refere-se ao dano moral da pessoa jurídica. O entendimento da reparabilidade do dano moral consta da Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça, podendo ser ainda extraído do art. 52 do Código Civil em vigor, pelo qual se aplica à pessoa jurídica, no que couber, o disposto quanto aos direitos da personalidade. Em verdade, o *dano moral da pessoa jurídica atinge a sua honra objetiva*, que é a repercussão social da honra, sendo certo que uma empresa tem uma reputação perante a coletividade. Não se pode imaginar que o dano moral da pessoa jurídica atinja a sua honra subjetiva, que é a autoestima.

A corrente da reparação dos danos morais da pessoa jurídica ganhou força com o Enunciado n. 189 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na *III Jornada de Direito Civil*, *in verbis*: "Na responsabilidade civil por dano moral causado à pessoa jurídica, o fato lesivo, como dano eventual, deve ser devidamente demonstrado". Como exemplo típico do dano moral da pessoa jurídica, cite-se as hipóteses de inscrição indevida ou ilegítima de seu nome em cadastro de inadimplentes (nesse sentido: STJ, REsp 662.111/RN, Min. Jorge Scartezzini, 4.ª Turma, j. 21.09.2004, *DJ* 06.12.2004, p. 336).

Porém, ressalte-se que a tese da reparabilidade dos danos morais da pessoa jurídica não é unânime na doutrina nacional. Na *IV Jornada de Direito Civil*, a omissão da Parte Geral provou o Enunciado n. 286, relativo ao art. 52 do CC, prevendo que "Os direitos da personalidade são direitos inerentes e essenciais à pessoa humana, decorrentes de sua dignidade, não sendo as pessoas jurídicas titulares de tais direitos". O enunciado segue a doutrina de Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes, pela qual a pessoa jurídica não pode sofrer danos morais, pois esses constituem lesões à dignidade humana, própria das pessoas naturais. Para essa linha de pensamento, os danos imateriais que atingem a pessoa jurídica seriam *danos institucionais*.[37]

Apesar da polêmica e do devido respeito aos doutrinadores, não há como concordar com o último enunciado doutrinário. Isso porque a pessoa jurídica possui sim alguns direitos da personalidade, tais como direito ao nome, à imagem e à honra objetiva. Em outras palavras, os direitos da personalidade não são exclusivos da pessoa humana. Concluindo, por constituírem os danos morais lesões a esses direitos de personalidade, não se pode negar a reparação a favor das pessoas jurídicas.

Repise-se que como exemplos de hipóteses em que tal dano está presente podem ser citados os casos de *abalo de crédito*, como na situação em que o nome da pessoa jurídica é inscrito indevidamente em cadastro de inadimplentes.

Podem ser mencionadas, ainda, as afirmações difamatórias feitas em órgãos de imprensa, que podem perfeitamente causar danos à imagem de uma empresa. Da jurisprudência paulista, colaciona-se julgado que condenou a Dolly Guaraná por afirmações negativas feitas por seus sócios e representantes a respeito da Coca-Cola, com ementa assim publicada:

> "Indenização. Danos morais. Réus que realizaram campanha difamatória contra a autora, imputando-lhe graves acusações e denegrindo sua imagem em diversos veículos midiáticos, a exemplo de *outdoors*, jornais impressos e programa de TV. Denúncias que, ademais, revelaram-se levianas, eis que desprovidas de lastro probatório. Configuração de ato ilícito quer pelo ângulo do direito comum (art. 186 do Código Civil), quer pelo ângulo da concorrência desleal (art. 195 da Lei 9.279/1996). Responsabilidade pelos danos causados à imagem da autora que se estende a todos os réus, dada a comprovação da participação de cada um deles nos atos lesivos perpetrados. Evidentes danos morais causados à empresa autora, que teve sua reputação e credibilidade abaladas perante os consumidores. Indenização fixada adequadamente em R$ 1.000.000,00, se considerados o dolo dos agentes, a gravidade das acusações, o porte das empresas rés, e o prejuízo de ordem extrapatrimonial experimentado pela demandante. Inexistência, porém, de provas dos danos materiais supostamente sofridos, cuja existência deve ser demonstrada na fase de conhecimento. Honorários advocatícios estabelecidos em valor razoável. Recursos parcialmente providos" (TJSP, Apelação n. 0020617-36.2004.8.26.0100, 6.ª Câmara de Direito Privado, Comarca de São Paulo, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 22.03.2012).

Como se pode notar, a indenização foi fixada em valor exemplar, confirmando o caráter pedagógico que deve estar presente na fixação do dano moral, assunto que ainda será desenvolvido.

Antes e por fim, necessário fazer algumas observações sobre a possibilidade de uma pessoa jurídica de Direito Público pleitear danos morais. O tema já foi objeto de proposta de enunciado doutrinário, não aprovada, quando da *V Jornada de Direito Civil*, promovida pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em 2011. Imagine-se, por exemplo, a viabilidade de uma Municipalidade pleitear indenização imaterial de uma pessoa famosa que fez afirmações injuriosas sobre a cidade nos órgãos de imprensa.

O assunto igualmente foi abordado pelo Superior Tribunal de Justiça, em ementa publicada no seu *Informativo* n. *534*, segundo a qual "a pessoa jurídica de direito público não tem direito à indenização por danos morais relacionados à violação da honra ou da imagem. A reparação integral

do dano moral, a qual transitava de forma hesitante na doutrina e jurisprudência, somente foi acolhida expressamente no ordenamento jurídico brasileiro com a CF/1988, que alçou ao catálogo dos direitos fundamentais aquele relativo à indenização pelo dano moral decorrente de ofensa à honra, imagem, violação da vida privada e intimidade das pessoas (art. 5.º, V e X). Por essa abordagem, no atual cenário constitucional, a indagação sobre a aptidão de alguém de sofrer dano moral passa necessariamente pela investigação da possibilidade teórica de titularização de direitos fundamentais. Ocorre que a inspiração imediata da positivação de direitos fundamentais resulta precipuamente da necessidade de proteção da esfera individual da pessoa humana contra ataques tradicionalmente praticados pelo Estado. Em razão disso, de modo geral, a doutrina e jurisprudência nacionais só têm reconhecido às pessoas jurídicas de direito público direitos fundamentais de caráter processual ou relacionados à proteção constitucional da autonomia, prerrogativas ou competência de entidades e órgãos públicos, ou seja, direitos oponíveis ao próprio Estado, e não ao particular. Porém, em se tratando de direitos fundamentais de natureza material pretensamente oponíveis contra particulares, a jurisprudência do STF nunca referendou a tese de titularização por pessoa jurídica de direito público. Com efeito, o reconhecimento de direitos fundamentais – ou faculdades análogas a eles – a pessoas jurídicas de direito público não pode jamais conduzir à subversão da própria essência desses direitos, que é o feixe de faculdades e garantias exercitáveis principalmente contra o Estado, sob pena de confusão ou de paradoxo consistente em ter, na mesma pessoa, idêntica posição jurídica de titular ativo e passivo, de credor e, a um só tempo, devedor de direitos fundamentais" (STJ, REsp 1.258.389/PB, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 17.12.2013)

De fato, pelos próprios argumentos que constam do julgamento, fica difícil pensar na reparação de danos morais de uma pessoa jurídica de Direito Público. Talvez, as melhores soluções para os casos em que as coletividades são atingidas sejam as reparações pelas modalidades dos danos morais coletivos ou dos danos sociais, categorias que serão ainda abordadas neste capítulo.

c) Natureza jurídica da indenização por danos morais

Outro ponto importante está no fato de não existir unanimidade a respeito da natureza jurídica da indenização por danos morais, surgindo três correntes doutrinárias e jurisprudenciais relativamente à controvérsia na atualidade:

1.ª Corrente: A indenização por danos morais tem o mero intuito reparatório ou compensatório, sem qualquer caráter disciplinador ou pedagógico. Essa tese encontra-se superada na jurisprudência, pois a indenização deve ser encarada como mais do que uma mera reparação.

2.ª Corrente: A indenização tem um caráter punitivo ou disciplinador, tese adotada nos Estados Unidos da América, com o conceito de *punitives damages*. Essa corrente não vinha sendo bem aceita pela nossa jurisprudência, que identificava perigos na sua aplicação. Entretanto, nos últimos tempos, tem crescido o número de adeptos a essa teoria.

3.ª Corrente: A indenização por dano moral está revestida de um *caráter principal reparatório* e de um *caráter*

pedagógico ou disciplinador acessório, visando a coibir novas condutas. Mas esse caráter acessório somente existirá se estiver acompanhado do principal. Essa tese ainda tem prevalecido na jurisprudência nacional.

Seguindo também a última corrente, é preciso salientar que a reparação deve estar sempre presente, sendo o caráter disciplinador de natureza meramente acessória. Na verdade, existe certa confusão jurisprudencial entre o caráter pedagógico e o punitivo. Vejamos:

- Fazendo menção ao *caráter punitivo* da indenização – STF, AI 455.846, Rel. Min. Celso de Mello, *Informativo* n. *364* e STJ REsp 604.801/RS, Min. Eliana Calmon, 2.ª Turma, 23.03.2004, *DJ* 07.03.2005, p. 214.
- Expressando um *caráter pedagógico e educativo* – STJ, REsp 883.630/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 16.12.2008, *DJe* 18.02.2009 e STJ, REsp 665.425/AM, Rel.ª Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 26.04.2005, *DJ* 16.05.2005, p. 348.

Em sede doutrinária, a questão não restou clara na *IV Jornada de Direito Civil*, eis que foi aprovado o Enunciado n. 379 do CJF/STJ, prevendo que "O art. 944, *caput*, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil". A redação assim ficou, pois muitos dos juristas então presentes se declararam adeptos da função punitiva da indenização, o que não é posição pacífica na doutrina.

d) Tabelamento e critérios para quantificação dos danos morais

Este autor continua filiado à corrente que afirma que qualquer tentativa de tarifação ou tabelamento dos danos morais, mesmo que por lei, é inconstitucional.

Primeiro, por lesão à especialidade, segunda parte da isonomia constitucional (art. 5.º, *caput*, da CF/1988). Ilustrando, imagine-se que uma lei preveja como valor de dano moral pela morte de pessoa da família o montante de cem salários-mínimos. Ora, pela tabela, pessoas que têm sentimentos diferentes receberão mesma indenização.

Segundo, o tabelamento por dano moral viola a *cláusula geral de tutela da pessoa humana*, retirada do art. 1.º, III, da CF/1988. Na esteira da melhor doutrina, diante da proteção da dignidade humana, não é recomendável sequer a estipulação de *tetos* pela legislação infraconstitucional para a referida indenização, o que deve ser tido como incompatível com o Texto Maior.[38] Anote-se que o STJ já havia declarado por meio da Súmula 281 que o valor da indenização por dano moral não estaria sujeito à tarifação prevista na Lei de Imprensa. Isso, antes mesmo da declaração de inconstitucionalidade da malfadada norma pelo Supremo Tribunal Federal (cf. *Informativo* n. *544*, do STF, de maio de 2009).

No âmbito doutrinário, a reforçar tais premissas, na *VI Jornada de Direito Civil* (2013) aprovou-se o Enunciado n. 550, que não deixa dúvidas: "a quantificação da reparação por danos extrapatrimoniais não deve estar sujeita a tabelamento ou a valores fixos". A proposta contou com o

voto e o apoio deste autor.

Tornou-se comum em nosso país a fixação dos danos morais em salários-mínimos, diante de parâmetros que constavam da Lei de Imprensa e da Lei de Telecomunicações. O Supremo Tribunal Federal, em 1969, editou a Súmula 490, prevendo que "A pensão correspondente a indenização oriunda de responsabilidade civil deve ser calculada com base no salário mínimo vigente ao tempo da sentença e ajustar-se-á às variações ulteriores". Apesar desse entendimento sumulado, a quantificação dos danos morais em salários mínimos é contestada, pelo que consta do art. 7.º, IV, da CF/1988. Na opinião deste autor não há qualquer inconstitucionalidade, pois a norma superior tende a proteger os trabalhadores, sendo essa a sua *missão social (fim teleológico)*, não havendo qualquer lesão a tal proteção ao se fixar o valor da indenização imaterial em salários-mínimos.

Feitos esses esclarecimentos, na esteira da melhor doutrina e jurisprudência, na fixação da indenização por danos morais, o magistrado deve agir com equidade, analisando:

- a extensão do dano;
- as condições socioeconômicas e culturais dos envolvidos;
- as condições psicológicas das partes;
- o grau de culpa do agente, de terceiro ou da vítima.

Tais critérios podem ser retirados dos arts. 944 e 945 do CC, bem como do entendimento dominante, particularmente do Superior Tribunal de Justiça. O julgado a seguir demonstra muito bem a aplicação dos critérios apontados e a função pedagógica da reparação moral:

> "Dano moral. Reparação. Critérios para fixação do valor. Condenação anterior, em quantia menor. Na fixação do valor da condenação por dano moral, deve o julgador atender a certos critérios, tais como nível cultural do causador do dano; condição socioeconômica do ofensor e do ofendido; intensidade do dolo ou grau da culpa (se for o caso) do autor da ofensa; efeitos do dano no psiquismo do ofendido e as repercussões do fato na comunidade em que vive a vítima. Ademais, a reparação deve ter fim também pedagógico, de modo a desestimular a prática de outros ilícitos similares, sem que sirva, entretanto, a condenação de contributo a enriquecimentos injustificáveis. Verificada condenação anterior, de outro órgão de imprensa, em quantia bem inferior, por fatos análogos, é lícito ao STJ conhecer do recurso pela alínea *c* do permissivo constitucional e reduzir o valor arbitrado a título de reparação. Recurso conhecido e, por maioria, provido" (STJ, REsp 355.392/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Min. Castro Filho, 3.ª Turma, j. 26.03.2002, *DJ* 17.06.2002, p. 258).

Mais recentemente, tais critérios foram adotados pelo STJ em outro julgado, com tom bem peculiar. A decisão consagra a ideia de que o julgador deve adotar um *método bifásico* de fixação da indenização. Na *primeira fase*, é fixado um valor básico de indenização de acordo com o interesse jurídico lesado e em conformidade com a jurisprudência consolidada do Tribunal (grupo de casos), Na *segunda fase*, há a fixação definitiva da indenização de acordo com as circunstâncias particulares do caso concreto (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes, entre outros fatores). A ementa, publicada no *Informativo* n. *470*

daquele Tribunal Superior, merece transcrição para o devido estudo, inclusive porque traz repúdio quanto ao tabelamento da indenização imaterial:

> "Critérios. Fixação. Valor. Indenização. Acidente. Trânsito. (...). O Min. Relator, ao analisar, pela primeira vez, em sessão de julgamento, um recurso especial sobre a quantificação da indenização por dano moral, procura estabelecer um critério razoavelmente objetivo para o arbitramento da indenização por dano moral. Primeiramente, afirma que as hipóteses de tarifação legal, sejam as previstas pelo CC/1916 sejam as da Lei de Imprensa, que eram as mais expressivas no nosso ordenamento jurídico para a indenização por dano moral, foram rejeitadas pela jurisprudência deste Superior Tribunal, com fundamento no postulado da razoabilidade. Daí, entende que o melhor critério para a quantificação da indenização por prejuízos extrapatrimoniais em geral, no atual estágio de Direito brasileiro, é o arbitramento pelo juiz de forma equitativa, sempre observando o princípio da razoabilidade. No ordenamento pátrio, não há norma geral para o arbitramento de indenização por dano extrapatrimonial, mas há o art. 953, parágrafo único, do CC/2002, que, no caso de ofensas contra a honra, não sendo possível provar o prejuízo material, confere ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização na conformidade das circunstâncias do caso. Assim, essa regra pode ser estendida, por analogia, às demais hipóteses de prejuízos sem conteúdo econômico (art. 4.º da LICC). A autorização legal para o arbitramento equitativo não representa a outorga ao juiz de um poder arbitrário, pois a indenização, além de ser fixada com razoabilidade, deve ser fundamentada com a indicação dos critérios utilizados. Aduz, ainda, que, para proceder a uma sistematização dos critérios mais utilizados pela jurisprudência para o arbitramento da indenização por prejuízos extrapatrimoniais, destacam-se, atualmente, as circunstâncias do evento danoso e o interesse jurídico lesado. Quanto às referidas circunstâncias, consideram-se como elementos objetivos e subjetivos para a avaliação do dano a gravidade do fato em si e suas consequências para a vítima (dimensão do dano), a intensidade do dolo ou o grau de culpa do agente (culpabilidade do agente), a eventual participação culposa do ofendido (culpa concorrente da vítima), a condição econômica do ofensor e as condições pessoais da vítima (posição política, social e econômica). Quanto à valorização de bem ou interesse jurídico lesado pelo evento danoso (vida, integridade física, liberdade, honra), constitui um critério bastante utilizado na prática judicial, consistindo em fixar as indenizações conforme os precedentes em casos semelhantes. Logo, o método mais adequado para um arbitramento razoável da indenização por dano extrapatrimonial resulta da união dos dois critérios analisados (valorização sucessiva tanto das circunstâncias como do interesse jurídico lesado). Assim, na primeira fase, arbitra-se o valor básico ou inicial da indenização, considerando o interesse jurídico lesado, em conformidade com os precedentes acerca da matéria e, na segunda fase, procede-se à fixação da indenização definitiva, ajustando-se o seu montante às peculiaridade do caso com base nas suas circunstâncias" (STJ, REsp. 959.780/ES, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 26.04.2011).

Com o devido respeito ao ilustre relator do acórdão, grande estudioso da matéria de responsabilidade civil em nosso País, o citado *modelo bifásico* parece trazer um equívoco de redundância. Isso porque a concausalidade e os fatores circunstanciais citados já compõem a jurisprudência consolidada do STJ a respeito da quantificação. Em outras palavras, tais elementos acabam entrando tanto no primeiro quanto no segundo momento da atribuição do *quantum*. Em tom crítico, pode-se dizer que o modelo bifásico é, em suma, *unifásico*, e não de acordo com o que se propõe.

Melhor seria fixar uma indenização inicial máxima, de acordo com a reparação integral dos danos; para depois então considerar as circunstâncias fáticas para eventual redução do valor reparatório. Essa, aliás, parece a correta conclusão a ser retirada dos arts. 944 e 945 do Código Civil.

Na linha dos julgados, se, por um lado, deve-se entender que a indenização tem função

pedagógica ou educativa para futuras condutas, por outro, não pode o valor pecuniário gerar o enriquecimento sem causa ou ruína do ofensor, devendo ser aplicado o *princípio da proporcionalidade* ou da *razoabilidade* na fixação do *quantum* indenizatório (por todos: REsp 824.000/MA, Rel. Min. Jorge Scartezzini, 4.ª Turma, j. 20.06.2006, *DJ* 01.08.2006, p. 453; REsp 773.853/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 10.11.2005, *DJ* 22.05.2006, p. 200, e REsp 739.102/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, 1.ª Turma, j. 04.10.2005, *DJ* 07.11.2005, p. 131).

De qualquer forma, deve-se ter ciência de que cabe em estudo caso a caso para a fixação da indenização por danos morais, não sendo tais limites considerados como parâmetros fixos. Fazendo uma análise crítica, muitas vezes os valores fixados pelos magistrados a título de indenização moral são irrisórios ou de pequena monta, não tendo o caráter pedagógico ou até punitivo alegado. Por isso, muitas empresas acabam reiterando suas condutas de desrespeito aos direitos perante a sociedade. Fica o tema para a devida reflexão e para que o panorama de desrespeito seja alterado no futuro.

4.2.5.3 *Danos estéticos*

Os danos estéticos são tratados atualmente tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência como uma modalidade separada de dano extrapatrimonial, o que está de acordo com a tendência de reconhecimento dos novos danos, de alargamento da razão anterior. O dano estético é muito bem conceituado por Teresa Ancona Lopez, uma das maiores especialistas do assunto em nosso País. Ensina a professora da USP que:

> "Na concepção clássica, que vem de Aristóteles, é a estética uma ciência prática ou normativa que dá regras de fazer humano sob o aspecto do belo. Portanto, é a ciência que tem como objeto material a atividade humana (fazer) e como objeto formal (aspecto sob o qual é encarado esse fazer) o belo. É claro que quando falamos em dano estético estamos querendo significar a lesão à beleza física, ou seja, à harmonia das formas externas de alguém. Por outro lado, o conceito de belo é relativo. Ao apreciar-se um prejuízo estético, deve-se ter em mira a modificação sofrida pela pessoa em relação ao que ela era".[39]

Para a mesma doutrinadora, portanto, basta a pessoa ter sofrido uma "transformação" para que o referido dano esteja caracterizado. Tais danos, em regra, estão presentes quando a pessoa sofre feridas, cicatrizes, cortes superficiais ou profundos em sua pele, lesão ou perda de órgãos internos ou externos do corpo, aleijões, amputações, entre outras anomalias que atingem a própria dignidade humana. Esse dano, nos casos em questão, será também presumido (*in re ipsa*), como ocorre com o dano moral objetivo.

Repise-se que o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo há tempos que o dano estético é algo distinto do dano moral, pois há no primeiro uma "alteração morfológica de formação corporal que agride a visão, causando desagrado e repulsa". Já no dano moral há um "sofrimento mental – dor

da mente psíquica, pertencente ao foro íntimo". O dano estético seria visível, "porque concretizado na deformidade" (STJ, REsp 65.393/RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 30.10.2005 e REsp 84.752/RJ, Min. Ari Pargendler, j. 21.10.2000). Consolidando esse entendimento, o teor da Súmula 387 do STJ, de setembro de 2009: "é lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral".

4.2.5.4 *Danos morais coletivos*

O *dano moral coletivo* surge como outro *candidato* dentro da ideia de ampliação dos danos reparáveis. O seu conceito é controvertido, mas ele pode ser denominado como o dano que atinge, ao mesmo tempo, vários direitos da personalidade, de pessoas determinadas ou determináveis (*danos morais somados ou acrescidos*).

O Código de Defesa do Consumidor admite expressamente a reparação dos danos morais coletivos, mencionando-os no seu art. 6.º, VI. Deve-se compreender que os danos morais coletivos atingem direitos individuais homogêneos e coletivos em sentido estrito, em que as vítimas são determinadas ou determináveis. Por isso, a indenização deve ser destinada para elas, as vítimas.

O tema é dos mais controversos na jurisprudência superior nacional. Em um primeiro precedente, a 1.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, competente para apreciar questões de Direito Público, entendeu não ser indenizável o dano moral coletivo em situação envolvendo danos ao meio ambiente (nesse sentido, ver: STJ, REsp 598.281/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, j. 02.05.2006, *DJ* 1.º.06.2006, p. 147). Essa decisão, por maioria de votos, consubstancia o entendimento de não ser indenizável o dano moral coletivo pela impossibilidade de sua aferição perfeita e de determinação do *quantum* indenizatório. Em outras palavras, concluiu-se que o dano moral somente pode ser individual, pela sua relação com o conceito de sofrimento humano. A lide tem origem no Estado de Minas Gerais, diante de danos ambientais causados pela Municipalidade de Uberlândia e por uma empresa de empreendimentos imobiliários, em face de um loteamento irregular. A ação foi proposta pelo Ministério Público daquele Estado, havendo condenação em primeira instância, por danos morais coletivos, em cinquenta mil reais. A decisão foi reformada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no sentido de não ser possível tal reparação, o que foi confirmado em máxima instância, com voto divergente do Ministro Luiz Fux, que conclui pela reparabilidade dos danos coletivos.

Por bem, há outro precedente importante do próprio Superior Tribunal de Justiça (3.ª Turma), admitindo os danos morais coletivos, prolatado no famoso caso das *pílulas de farinha*. Esse caso notório, amplamente divulgado pela imprensa nacional, o Tribunal entendeu por bem indenizar as mulheres que tomaram as citadas pílulas e vieram a engravidar, o que não estava planejado. A indenização fixada em face da empresa *Schering do Brasil*, que fornecia a pílula anticoncepcional

Microvlar, foi milionária, em uma apurada análise da extensão do dano em relação às consumidoras (STJ, REsp 866.636/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 29.11.2007, *DJ* 06.12.2007, p. 312). Em suma, o julgado admite os danos morais coletivos como outra modalidade de dano a ser reparado, representando *um giro de cento e oitenta graus* na jurisprudência daquela corte, o que nos parece o mais correto.

A questão continua em debate no Superior Tribunal de Justiça, tanto que do seu *Informativo* n. *418*, de dezembro de 2009, podem ser extraídos dois julgados. O primeiro, da 1.ª Turma, mais uma vez repele o pedido, pois supostamente os danos morais são apenas individuais (STJ, REsp 971.844-RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 03.12.2009). Já o outro, da 2.ª Turma, traz entendimento em sentido contrário, pela sua reparabilidade (nesse sentido, ver: STJ, REsp 1.057.274-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 1.º.12.2009).

A reforçar a corrente que admite a reparação do dano moral coletivo naquela Corte Superior, surgiu, no ano de 2012, mais um interessante julgado, condenando instituição bancária por danos morais coletivos causados a clientes com deficiência física, eis que os caixas especiais foram colocados em local de difícil acesso, no primeiro andar de agência bancária. A condenação fixada, diante do reconhecimento do caráter pedagógico da indenização foi de R$ 50.000,00 (STJ, REsp 1221756/RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, 3.ª Turma, j. 02.02.2012, *DJe* 10.02.2012, publicado no *Informativo* n. *490*).

4.2.5.5 *Danos sociais*

O professor titular da Universidade de São Paulo, Antonio Junqueira de Azevedo, propõe uma nova modalidade de dano: o dano social. Para ele, "os danos sociais, por sua vez, são lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral – principalmente a respeito da segurança – quanto por diminuição na qualidade de vida".[40] O que se percebe é que esses danos podem gerar repercussões materiais ou morais. Nesse ponto, diferenciam-se os danos sociais dos danos morais coletivos, pois os últimos são apenas extrapatrimoniais.

O conceito mantém relação direta com a principiologia adotada pelo Código Civil de 2002, que escolheu entre um de seus regramentos básicos a socialidade: a valorização do *nós* em detrimento do *eu*, a superação do caráter individualista e egoísta da Codificação anterior. Assim, os danos sociais decorrem de *condutas socialmente reprováveis ou comportamentos exemplares negativos*, como quer Junqueira de Azevedo.[41] Os danos sociais são difusos, envolvendo direitos dessa natureza, em que as vítimas são indeterminadas ou indetermináveis. A sua reparação também consta expressamente do art. 6.º, VI, do Código de Defesa do Consumidor.

A grande dificuldade do dano social, sem dúvida, refere-se à questão da legitimidade, ou seja, para quem deve ser destinado o valor da indenização. Junqueira de Azevedo aponta que, além do

pagamento de uma indenização, deve ser destinado o valor a um fundo de proteção, o que depende dos direitos atingidos. Cita também o art. 883, parágrafo único, do Código Civil de 2002, que trata do pagamento indevido e do destino de valor para instituição de caridade. A ideia, nesse sentido, é perfeita, se os prejuízos atingiram toda a coletividade, em um sentido difuso, os valores de reparação devem também ser revertidos para os prejudicados, mesmo que de forma indireta.

A partir dessa ideia, há decisão importante, do sempre pioneiro Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, reconhecendo a reparação do dano social. O caso envolve a fraude de um sistema de loterias (caso *Toto Bola*), o que gerou danos à sociedade. Fixada a indenização, os valores foram revertidos a favor do fundo gaúcho de proteção dos consumidores (TJRS, Recurso Cível 71001281054, 1.ª Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Rel. Ricardo Torres Hermann, j. 12.07.2007).

Do mesmo modo, aplicando a construção dos danos sociais ou difusos, pode ser citado interessante julgado do Tribunal Regional do Trabalho da 2.ª Região, que condenou o Sindicato dos Metroviários de São Paulo a destinar indenização para instituição filantrópica (cestas básicas) devido a uma greve totalmente abusiva que parou a grande metrópole (TRT da 2.ª Região, Dissídio coletivo de greve, Acórdão 2007001568, Rel. Sonia Maria Prince Franzini, Revisor(a): Marcelo Freire Gonçalves, Processo 20288-2007-000-02-00-2, j. 28.06.2007, Data de Publicação: 10.07.2007, Partes suscitante(s): Ministério Público do Trabalho da Segunda Região, Suscitado(s): Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Transportes Metroviários de São Paulo e Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô).

A extensão do dano para a coletividade, material e imaterial, foi levada em conta para a fixação da indenização, reconhecendo-se o caráter pedagógico ou disciplinador da responsabilidade civil, com uma função de desestímulo para a repetição da conduta. Uma outra ilustração pode envolver o sindicato de uma determinada categoria que, em ato de greve, resolve parar a cidade de São Paulo, fazendo a sua manifestação na principal avenida da cidade, em plena sexta-feira à tarde. Não se pode determinar, como no caso anterior, quais foram as pessoas prejudicadas, mas ao certo é nítida a soma de uma conduta socialmente reprovável com um prejuízo a direitos difusos, de integrantes da coletividade.

No ano de 2013 surgiu outro acórdão sobre o tema, que merece especial destaque, por sua indiscutível amplitude perante toda a coletividade. O julgado, da Quarta Câmara de Direito Privado Tribunal de Justiça de São Paulo, condenou a empresa AMIL a pagar uma indenização de R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) a título de danos sociais, valor que deve ser destinado ao Hospital das Clínicas de São Paulo. A condenação se deu diante de reiteradas negativas de coberturas médicas, notoriamente praticadas por essa operadora de planos de saúde. Vejamos sua ementa:

> “Plano de saúde. Pedido de cobertura para internação. Sentença que julgou procedente pedido feito pelo segurado, determinado que, por se tratar de situação de emergência, fosse dada a devida cobertura, ainda que dentro do prazo de carência, mantida. Dano moral. Caracterização em razão da peculiaridade de se cuidar de paciente acometido por infarto, com a recusa de atendimento e, consequentemente, procura de outro hospital em situação nitidamente aflitiva. Dano social. Contratos de seguro-saúde, a propósito de hipóteses reiteradamente analisadas e decididas. Indenização com caráter expressamente punitivo, no valor de um milhão de reais que não se confunde com a destinada ao segurado, revertida ao Hospital das Clínicas de São Paulo. Litigância de má-fé. Configuração pelo caráter protelatório do recurso. Aplicação de multa. Recurso da seguradora desprovido e do segurado provido em parte” (TJSP, Apelação 0027158-41.2010.8.26.0564, 4.ª Câmara de Direito Privado, Comarca de Origem: São Bernardo do Campo, Rel. Des. Teiceira Leite, j. 07.2013).

Frise-se que o aresto reconhece o dano moral individual suportado pela vítima, indenizando-se em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), em cumulação com o relevante valor mencionado, a título de danos sociais. Quanto ao último montante, consta do voto vencedor, com maestria, “que uma acentuada importância em dinheiro pode soar como alta a uma primeira vista, mas, isso logo se dissipa em se comparada ao lucro exagerado que a seguradora obtém negando coberturas e obrigando que seus contratados, enquanto pacientes, a buscar na Justiça o que o próprio contrato lhes garante. Aliás, não só se ganha ao regatear e impor recusas absurdas, como ainda agrava o sistema de saúde pública, obrigando a busca de alternativas nos hospitais não conveniados e que cumprem missão humanitária, fazendo com que se desdobrem e gastem mais para curar doentes que possuem planos de assistência médica. Portanto, toda essa comparação permite, e autoriza, nessa demanda de um segurado, impor uma indenização punitiva de cunho social que será revertida a uma das instituições de saúde mais atuantes, o que, quem sabe, irá servir para despertar a noção de cidadania da seguradora”. O presente autor tem a honra de ter sido citado no julgamento, fundamentando grande parte das suas deduções jurídicas.

O valor da indenização social foi fixado *de ofício* pelos julgadores, o que pode ocorrer em casos tais, por ser a matéria de ordem pública. Como fundamento legal para tanto, por se tratar de questão atinente a direitos dos consumidores, cite-se o art. 1.º do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe ser a Lei 8.078/1990 norma de ordem pública e interesse social. Sendo assim, toda a proteção constante da Lei Consumerista pode ser reconhecida de ofício pelo julgador, inclusive o seu art. 6.º, inc. VI, que trata dos danos morais coletivos e dos danos sociais ou difusos, consagrando o *princípio da reparação integral dos danos* na ótica consumerista.

Por oportuno, anote-se que, quando da *VI Jornada de Direito Civil*, realizada em 2013, foi feita proposta de enunciado doutrinário com o seguinte teor: “É legítimo ao juiz reconhecer a existência de interesse coletivo amplo em ação individual, condenando o réu a pagar, a título de dano moral e em benefício coletivo, valor de desestímulo correspondente à prática lesiva reiterada de que foi vítima o autor da ação”. A proposta, formulada por Adalberto Pasqualotto, não foi aprovada por uma pequena margem de votos, infelizmente.

Apesar dessa não aprovação, acredita-se que o seu teor pode ser perfeitamente aplicável na

atualidade, sendo o tema dos danos sociais uma das atuais vertentes de avanço da matéria de responsabilidade civil. Com certeza, outros julgados sobre o assunto surgirão no País nos próximos anos.

Com o fito de esclarecer o teor da matéria, pode ser elaborado o seguinte quadro para diferenciar os danos morais coletivos dos danos sociais:

Danos morais coletivos	**Danos sociais ou difusos**
Atingem vários direitos da personalidade. Direitos individuais homogêneos ou coletivos em sentido estrito – vítimas determinadas ou determináveis. Indenização é destinada para as próprias vítimas.	Causam um rebaixamento no nível de vida da coletividade (Junqueira). Direitos difusos – vítimas indeterminadas. Toda a sociedade é vítima da conduta. Indenização para um fundo de proteção ou instituição de caridade.

A encerrar, frise-se que não há qualquer óbice para a cumulação dos danos morais coletivos e dos danos sociais ou difusos em uma mesma ação. Isso foi reconhecido pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 1.293.606/MG, em setembro de 2014. Conforme o Relator Ministro Luis Felipe Salomão, “as tutelas pleiteadas em ações civis públicas não são necessariamente puras e estanques. Não é preciso que se peça, de cada vez, uma tutela referente a direito individual homogêneo, em outra ação uma de direitos coletivos em sentido estrito e, em outra, uma de direitos difusos, notadamente em se tratando de ação manejada pelo Ministério Público, que detém legitimidade ampla no processo coletivo. Isso porque, embora determinado direito não possa pertencer, a um só tempo, a mais de uma categoria, isso não implica dizer que, no mesmo cenário fático ou jurídico conflituoso, violações simultâneas de direitos de mais de uma espécie não possam ocorrer”.

4.2.5.6 Danos por perda de uma chance

No que concerne à perda de uma chance como nova categoria de dano, cresce na jurisprudência o número de julgados de sua aplicação. Ademais, na doutrina brasileira, destacam-se dois interessantes trabalhos, publicados pelos jovens juristas Sérgio Savi[42] e Rafael Peteffi da Silva.[43]

Consigne-se que na *V Jornada de Direito Civil*, realizada em novembro de 2011, foi aprovado enunciado doutrinário proposto pelo último jurista citado, reconhecendo a sua ampla reparação, como dano material ou imaterial (Enunciado n. 444).

A perda de uma chance está caracterizada quando a pessoa vê frustrada uma expectativa, uma oportunidade futura, que, dentro da lógica do razoável, ocorreria se as coisas seguissem o seu curso normal. A partir dessa ideia, como expõem os autores citados, essa chance deve ser séria e real. Buscando critérios objetivos para a aplicação da teoria, Sérgio Savi leciona que a perda da chance

estará caracterizada quando a probabilidade da oportunidade for superior a 50% (cinquenta por cento).[44] Pois bem, vejamos alguns exemplos prático-jurisprudenciais de incidência da nova categoria na realidade brasileira.

De início, numerosos são os julgados que responsabilizam advogados por perderem prazos de seus clientes, gerando perda da chance de vitória judicial (por todos: STJ, Ag. Rg. no Ag. 932.446/RS, Processo 2007/0167882-9, 3.ª Turma, Rel.ª Min. Fátima Nancy Andrighi, j. 06.12.2007, *DJU* 18.12.2007, p. 274; 2.º TACSP, Apelação com Revisão 648.037-00/9, 5.ª Câmara, Rel. Juiz Dyrceu Cintra, j. 11.12.2002; TJRS, Apelação Cível 70005473061, 9.ª Câmara Cível, Rel. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, j. 10.12.2003).

Na seara médica, o pioneiro Tribunal do Rio Grande do Sul já responsabilizou um hospital por morte de recém-nascido, havendo a *perda de chance de viver* (TJRS, Processo 70013036678, Data: 22.12.2005, 10.ª Câmara Cível, Juiz Rel. Luiz Ary Vessini de Lima, Origem: Caxias do Sul). Fala-se, ainda, em *perda da chance de cura* do paciente, pelo emprego de uma técnica malsucedida pelo profissional da área de saúde.[45] Recente julgado do Superior Tribunal de Justiça analisou a questão, em acórdão com a seguinte publicação: “a teoria da perda de uma chance pode ser utilizada como critério para a apuração de responsabilidade civil ocasionada por erro médico na hipótese em que o erro tenha reduzido possibilidades concretas e reais de cura de paciente que venha a falecer em razão da doença tratada de maneira inadequada pelo médico. De início, pode-se argumentar ser impossível a aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica, tendo em vista a suposta ausência de nexo causal entre a conduta (o erro do médico) e o dano (lesão gerada pela perda da vida), uma vez que o prejuízo causado pelo óbito da paciente teve como causa direta e imediata a própria doença, e não o erro médico. Assim, alega-se que a referida teoria estaria em confronto claro com a regra insculpida no art. 403 do CC, que veda a indenização de danos indiretamente gerados pela conduta do réu. Deve-se notar, contudo, que a responsabilidade civil pela perda da chance não atua, nem mesmo na seara médica, no campo da mitigação do nexo causal. A perda da chance, em verdade, consubstancia uma modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final. Nessas situações, o agente não responde pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas apenas pela chance de que ele privou a paciente. A chance em si – desde que seja concreta, real, com alto grau de probabilidade de obter um benefício ou de evitar um prejuízo – é considerada um bem autônomo e perfeitamente reparável. De tal modo, é direto o nexo causal entre a conduta (o erro médico) e o dano (lesão gerada pela perda de bem jurídico autônomo: a chance). Inexistindo, portanto, afronta à regra inserida no art. 403 do CC, mostra-se aplicável a teoria da perda de uma chance aos casos em que o erro médico tenha reduzido chances concretas e reais que poderiam ter sido postas à disposição da paciente” (STJ, REsp 1.254.141/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.12.2012, publicado no seu *Informativo* n. *513*).

Em outro campo, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul responsabilizou um curso preparatório para concursos públicos que assumiu o compromisso de transportar o aluno até o local da prova. Porém, houve atraso no transporte, o que gerou a *perda da chance de disputa em concurso público*, e surgindo o dever de indenizar (TJRS, Processo 71000889238, Data: 07.06.2006, 2.ª Turma Recursal Cível, Juiz Rel. Clovis Moacyr Mattana Ramos, Origem: Comarca de Cruz Alta).

De toda sorte, em caso também envolvendo concurso público, o Superior Tribunal de Justiça entendeu pela não incidência da teoria, pois a chance do candidato que teve a sua expectativa frustrada não era séria e real. Vejamos a ementa publicada no *Informativo* n. *466* daquele Tribunal:

> "Teoria. Perda. Chance. Concurso. Exclusão. A Turma decidiu não ser aplicável a teoria da perda de uma chance ao candidato que pleiteia indenização por ter sido excluído do concurso público após reprovação no exame psicotécnico. De acordo com o Min. Relator, tal teoria exige que o ato ilícito implique perda da oportunidade de o lesado obter situação futura melhor, desde que a chance seja real, séria e lhe proporcione efetiva condição pessoal de concorrer a essa situação. No entanto, salientou que, *in casu*, o candidato recorrente foi aprovado apenas na primeira fase da primeira etapa do certame, não sendo possível estimar sua probabilidade em ser, além de aprovado ao final do processo, também classificado dentro da quantidade de vagas estabelecidas no edital" (STJ, AgRg no REsp 1.220.911/RS, Rel. Min. Castro Meira, j. 17.03.2011).

Mas o acórdão mais comentado a respeito do tema é aquele pronunciado pelo STJ em conhecido julgado envolvendo o programa *Show do Milhão*, do SBT. Uma participante do programa, originária do Estado da Bahia, chegou à última pergunta, a "pergunta do milhão", que, se respondida corretamente, geraria o prêmio de um milhão de reais. A pergunta então formulada foi a seguinte: "A Constituição reconhece direitos dos índios de quanto do território brasileiro? 1) 22%; 2) 2%; 3) 4% ou 4) 10%".

A participante não soube responder à pergunta, levando R$ 500 mil para casa. Mas, na verdade, a Constituição Federal não consagra tal reserva, tendo a participante constatado que a pergunta formulada estava totalmente errada. Foi então a juízo requerendo os outros R$ 500 mil, tendo obtido êxito em primeira e segunda instância, ação que teve curso no Tribunal de Justiça da Bahia. O STJ confirmou em parte as decisões anteriores, reduzindo o valor para R$ 125 mil, ou seja, os R$ 500 mil divididos pelas quatro assertivas, sendo essa a sua real chance de acerto (STJ, REsp 788.459/BA, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4.ª Turma, j. 08.11.2005, *DJ* 13.03.2006, p. 334).

Pois bem, este autor vê com ressalvas o enquadramento da perda de uma chance como nova categoria de dano. Isso porque tais danos são, na grande maioria das situações, hipotéticos ou eventuais, sendo certo que os arts. 186 e 403 do CC exigem o dano presente e efetivo. A perda de uma chance, na verdade, trabalha com suposições, com o *se*. Muitas situações descritas pelos adeptos da teoria podem ser resolvidas em sede de danos morais ou danos materiais, sem que a vítima tenha necessidade de provar que a chance é séria e real.

Ressalve-se, porém, que o presente autor está acompanhando as manifestações doutrinárias e

jurisprudenciais e, no futuro, pode ser que esse parecer seja alterado. A propósito, no momento, este autor reflete sobre o trabalho de Daniel Amaral Carnaúba, fruto de sua dissertação de mestrado defendida na Universidade de Paris I (Panthéon-Sorbonne), intitulada *Responsabilidade civil por perda de uma chance. A álea e a técnica*.[46] Eventuais mudanças de posicionamentos serão expostas nas edições sucessivas desta obra.

4.2.5.7 *Outras regras importantes quanto à fixação da indenização previstas no Código Civil de 2002*

Além dos outrora estudados arts. 944, 945 e 948 do CC, é necessário comentar outros dispositivos da atual Codificação, que tratam da fixação da indenização (Capítulo II do Título IX, *Da indenização*):

→ O art. 946 do CC enuncia que "se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar." Ao contrário do que alguns possam defender, deve-se compreender que tal dispositivo não traz *tarifação* ou *tabelamento* do dano moral, o que é inconstitucional, por lesão à especialidade, conforme outrora exposto.

→ Prevê o art. 947 do CC/2002 que se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, haverá a substituição pelo seu valor em moeda corrente. O dispositivo merece aplicação naqueles casos envolvendo danos imateriais em que não é possível retornar ao estado anterior. Nessas situações, deverá ser fixada uma indenização em moeda nacional corrente, de acordo com o *princípio do nominalismo*, aplicável a todo o Direito das Obrigações. Vale repetir que quanto ao dano moral, tornou-se comum a sua fixação em salários-mínimos.

→ De acordo com o art. 949 da atual codificação, havendo lesão ou outra ofensa à saúde, o agressor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de outro prejuízo que o ofendido provar ter sofrido. Esse *outro* prejuízo pode ser o dano moral, mencionado no art. 186 do CC, bem como o dano estético (Súmula 387 do STJ). Nesse sentido, na *III Jornada* do mesmo Conselho da Justiça Federal, aprovou-se o Enunciado doutrinário n. 192: "Os danos oriundos das situações previstas nos arts. 949 e 950 do Código Civil de 2002 devem ser analisados em conjunto, para o efeito de atribuir indenização por perdas e danos materiais, cumulada com o dano moral e estético".

→ Pelo art. 950 do CC, se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão ou se lhe diminuir a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, incluirá uma pensão correspondente à importância do trabalho para o qual se inabilitou, ou da depreciação por ele sofrida. Trata-se de *indenização por perda da capacidade laborativa*, devendo-se verificar qual o percentual ou montante de capacidade perdido pela vítima e sua real condição de trabalho, para então se fixar o *quantum*. Tal indenização poderá ser pleiteada pelo prejudicado de uma só vez, desde que provados todos os prejuízos, ônus que cabe ao autor da ação reparatória. Prevê o Enunciado n. 48 do CJF/STJ da *I Jornada de Direito Civil* que "o parágrafo único do art. 950 do novo Código Civil institui direito potestativo do lesado para exigir pagamento da indenização de uma só vez, mediante arbitramento do valor pelo juiz, atendido ao disposto nos artigos 944 e 945 e à possibilidade econômica do ofensor". Completando-o, na *IV Jornada de Direito Civil* foi aprovado o Enunciado n. 381 do CJF/STJ, referente ao mesmo artigo, preconizando que "O lesado pode exigir que a indenização, sob a forma de pensionamento, seja arbitrada e paga de uma só vez, salvo impossibilidade econômica do devedor, caso em que o juiz poderá fixar outra forma de pagamento,

atendendo à condição financeira do ofensor e aos benefícios resultantes do pagamento antecipado". Como se vê, o juiz deve analisar o caso concreto, a fim de determinar, do ponto de vista social, qual o melhor momento para o pagamento da indenização. Eventualmente, se houver a perda total e permanente da capacidade de trabalhar, é possível a fixação de uma pensão vitalícia à vítima, na linha da melhor jurisprudência do STJ (ver: REsp 130.206/PR, *DJ* 15.12.1997, e REsp 280.391/RJ, *DJ* 27.09.2004. Citados como precedentes em REsp 1.278.627/SC, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 18.12.2012).

→ O art. 951 do atual Código é o que regulamenta a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais da área da saúde em geral – médicos, dentistas, enfermeiros, auxiliares de enfermagem, entre outros –, prevendo que as regras anteriores aplicam-se "no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho". Em relação ao profissional que presta serviços a consumidor, a responsabilidade subjetiva está consagrada no art. 14, § 4.º, da Lei 8.078/1990, o que constitui exceção à regra geral da responsabilização objetiva prevista no CDC. Segundo o entendimento majoritário, caso o profissional de saúde assuma uma obrigação de resultado, como no caso do médico cirurgião plástico estético, a sua responsabilidade é objetiva, ou seja, independe de culpa (STJ, REsp. 81.101/PR, Rel. Min. Waldemar Zveiter, 3.ª Turma, j. 13.04.1999, *DJ* 31.05.1999, p. 140). Mais recentemente o STJ aplicou a premissa da responsabilidade objetiva em decorrência da obrigação de resultado para o dentista responsável pelo tratamento ortodôntico (STJ, REsp. 1.238.746/MS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 18.10.2011, publicação no seu *Informativo* n. *485*). Ressalte-se que alguns julgados ainda insistem na ideia de culpa presumida, demonstrando grande hesitação jurisprudencial quanto aos conceitos (STJ, REsp 985.888/SP, Min. Luis Felipe Salomão, j. 16.02.2012. Publicado no *Informativo* n. *491*). Ato contínuo de estudo, no caso do médico cirurgião plástico reparador, bem como dos demais médicos e profissionais em geral, a obrigação é de meio ou de diligência e a premissa da sua responsabilização é a prova da culpa (responsabilidade subjetiva). Ressalte-se que tal distinção (obrigações de meio e de resultado), criada a partir da teoria de Demogue, está em profundo debate no Direito Brasileiro, especialmente no tocante ao ônus probatório e a questão de culpa.[47] Na esteira de revisão, já concluiu o Superior Tribunal de Justiça que "Os procedimentos cirúrgicos de fins meramente estéticos caracterizam verdadeira obrigação de resultado, pois neles o cirurgião assume verdadeiro compromisso pelo efeito embelezador prometido. Nas obrigações de resultado, a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva. Cumpre ao médico, contudo, demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia" (STJ, REsp 1180815/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 19.08.2010, *DJe* 26.08.2010). A este autor parece que realmente a questão merece as devidas reflexões, para novo dimensionamento, em especial porque a responsabilidade objetiva somente decorre da lei ou de uma atividade de risco (art. 927, parágrafo único, do CC); não havendo previsão a respeito das obrigações de resultado.[48]

→ Segundo o art. 952 do CC, havendo usurpação ou esbulho de coisa alheia, além da sua restituição, a indenização consistirá em pagar o valor das suas deteriorações e o que for devido a título de lucros cessantes. Se a coisa faltar, o esbulhador deverá indenizar o prejudicado pelo valor correspondente à coisa perdida, tendo em vista a eventual afeição que a pessoa possa ter pela coisa (*valor de afeição*). Nesse último valor devem também ser incluídos os lucros cessantes, na esteira do Enunciado n. 561, da VI Jornada de Direito Civil (2013). Em complemento, em havendo uma coisa de alta estimação, caberá até eventual indenização por danos morais, presente hipótese de *dano em ricochete*. Como um animal de estimação é considerado coisa, tornou-se comum na jurisprudência a indenização por danos imateriais diante da sua perda (ver: TJRS, Acórdão 70028983880, Horizontina, 5.ª Câmara Cível, Rel. Des. Leo Lima, j. 15.07.2009, *DOERS* 23.07.2009, p. 66 e TJRJ, Acórdão 21.748/2004, Rio de Janeiro, 9.ª Câmara Cível, Rel. Des. Gilberto Dutra Moreira, j. 26.10.2004).

→ Relativamente à indenização por injúria, difamação ou calúnia (crimes contra a honra), o art. 953 do Código Civil adota a possibilidade de reparação, podendo o dano atingir tanto a honra subjetiva (autoestima) quanto a honra objetiva (repercussão social da honra) de alguém. Caso o ofendido não possa provar o prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso (art. 953,

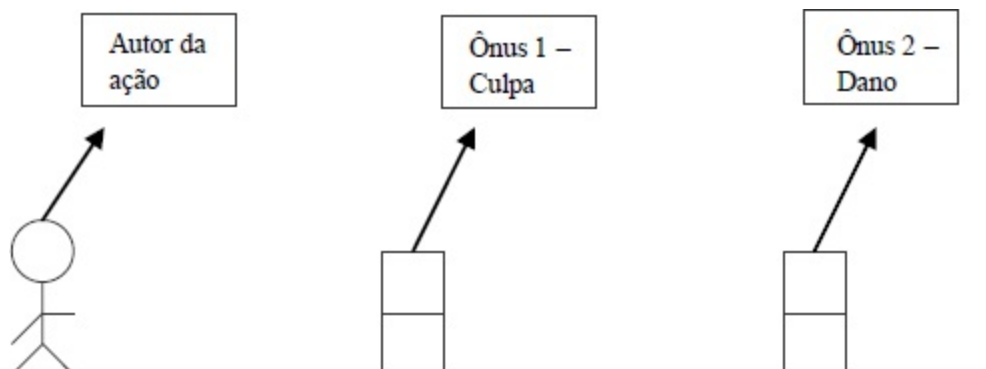
parágrafo único, do CC). Regina Beatriz Tavares da Silva sustenta a inconstitucionalidade desse parágrafo único, apresentando na Câmara dos Deputados uma proposta de revogação desse último dispositivo por meio do Projeto 6.960/2002 (atual PL 699/2011).[49] Isso porque não pode existir dúvida sobre a plena cumulação dos danos materiais e morais, na esteira da Súmula 37 do STJ. Este autor concorda com tal proposta de alteração, que afasta dúvidas e esclarece o tratamento do tema.

→ No caso de ofensa à liberdade pessoal, a indenização consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido (art. 954 do CC). Mas, não havendo possibilidade de prova do prejuízo, aplicar-se-á o art. 953, parágrafo único, do CC. Mais uma vez, cabe a alegação de inconstitucionalidade do comando, inclusive por lesão à proteção da dignidade da pessoa. Por esse mesmo art. 954, parágrafo único, do CC, devem ser considerados atos ofensivos da liberdade pessoal: a) o cárcere privado; b) a prisão por queixa ou denúncia falsa e de má-fé; c) a prisão ilegal. Anote-se que a jurisprudência tem sido implacável na condenação de agentes e do próprio Estado em situações de prisão ilegal (ver: TJSP, Apelação com Revisão 450.444.5/1, Acórdão 2610609, São Paulo, 13.ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Oliveira Passos, j. 23.04.2008, *DJESP* 30.05.2008). Também pelo atual PL 699/2011, foi elaborada uma proposta de modificação do art. 954 da atual codificação nos seguintes pontos: "1) no *caput*, que deixará de condicionar a reparabilidade do dano moral à existência do dano material, como faz o *caput* ao referir-se ao parágrafo único do artigo antecedente (art. 953 do CC); e 2) no parágrafo único desse comando legal, para deixar claro que o rol constante deste tem caráter meramente exemplificativo e não taxativo".[50]

4.3 A CLASSIFICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL QUANTO À CULPA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA

4.3.1 Responsabilidade civil subjetiva

Conforme demonstrado, a responsabilidade subjetiva constitui regra geral em nosso ordenamento jurídico, baseada na *teoria da culpa*. Dessa forma, para que o agente indenize, ou seja, para que responda civilmente, é necessária a comprovação da sua culpa genérica, que inclui o dolo (intenção de prejudicar) e a culpa em sentido restrito (imprudência, negligência ou imperícia).

Por isso, em regra e no plano civil e processual, a ação de responsabilidade civil pode ser comparada a uma *corrida de duas barreiras*. Cada uma dessas barreiras representa um ônus existente contra o demandante. A primeira barreira é a culpa e a segunda é o dano. Simbolizando:

Obviamente a primeira barreira pode não estar presente, o que ocorre nos casos da

responsabilidade objetiva, estudados a seguir. Também é possível que a segunda barreira esteja ausente, quando o dano não necessita de prova, sendo presumido ou *in re ipsa*. Nas duas hipóteses, há exceções à regra geral de que a *responsabilidade é subjetiva, havendo necessidade de prova do dano*. Vejamos, portanto, a abordagem da responsabilidade sem culpa ou objetiva.

4.3.2 A responsabilidade civil objetiva. A cláusula geral do art. 927, parágrafo único, do CC. Aplicações práticas do dispositivo

Como não poderia ser diferente, o Código Civil passa a admitir a responsabilidade objetiva expressamente, pela regra constante do seu art. 927, parágrafo único, *in verbis*:

> "Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo.
>
> Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".

O dispositivo foi inspirado no art. 2.050 do *Codice Civile* Italiano, de 1942, que trata da *esposizione al pericolo* (exposição ao perigo) e que tem a seguinte redação: "Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, e tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno" (Tradução livre: "Aquele que causa dano a outrem no desenvolvimento de uma atividade perigosa, por sua natureza ou pela natureza dos meios adotados, é obrigado ao ressarcimento, se não provar haver adotado todas as medidas idôneas para evitar o dano").

De qualquer forma, é interessante perceber que os dispositivos não são idênticos. Primeiro porque o Código Civil brasileiro trata de atividade de risco; enquanto o Código Civil italiano consagra uma atividade perigosa, conceitos que são distintos pela própria redação. Segundo, porque aqui a responsabilidade é objetiva (sem culpa); enquanto lá não há unanimidade se a responsabilidade é objetiva ou se está presente a culpa presumida.

Quanto ao Brasil, a responsabilidade objetiva independe de culpa e é fundada na *teoria do risco*, em uma de suas modalidades, sendo as principais:

– *Teoria do risco administrativo*: adotada nos casos de responsabilidade objetiva do Estado (art. 37, § 6.º, da CF/1988).
– *Teoria do risco criado*: está presente nos casos em que o agente cria o risco, decorrente de outra pessoa ou de uma coisa. Cite-se a previsão do art. 938 do CC, que trata da responsabilidade do ocupante do prédio pelas coisas que dele caírem ou forem lançadas (defenestramento).
– *Teoria do risco da atividade (ou risco profissional)*: quando a atividade desempenhada cria riscos a terceiros, o que pode se enquadrar na segunda parte do art. 927, parágrafo único, do CC.

– *Teoria do risco-proveito* : é adotada nas situações em que o risco decorre de uma atividade lucrativa, ou seja, o agente retira um proveito do risco criado, como nos casos envolvendo os riscos de um produto, relacionados com a responsabilidade objetiva decorrente do Código de Defesa do Consumidor. Dentro da ideia de risco-proveito estão os *riscos de desenvolvimento*, nos termos do Enunciado n. 43 do CJF/STJ. Exemplificando, deve uma empresa farmacêutica responder por um novo produto que coloca no mercado e que ainda está em fase de testes.

– *Teoria do risco integral*: nessa hipótese não há excludente de nexo de causalidade ou de responsabilidade civil a ser alegada, como nos casos de danos ambientais, segundo os autores ambientalistas (art. 14, § 1.º, da Lei 6.938/1981). Anote-se que o entendimento pelo risco integral para os danos ambientais é chancelado pelo Superior Tribunal de Justiça (ver, por todos: REsp 1.114.398/PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, 2.ª Seção, j. 08.02.2012, *DJe* 16.02.2012. Publicado no *Informativo* n. *490* do STJ).

Superada essa visualização panorâmica, pelo art. 927, parágrafo único, do Código geral privado, haverá responsabilidade independentemente de culpa em duas situações:

1.º) Nos casos previstos expressamente em lei. Como primeiro exemplo, cite-se a responsabilidade objetiva dos fornecedores de produtos e prestadores de serviços frente aos consumidores, prevista no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990). Como segundo exemplo, destaque-se a responsabilidade civil ambiental, consagrada pela Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (art. 14, § 1.º, da Lei 6.938/1981). O terceiro exemplo é a Lei 12.846, de 1.º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas, pela prática de atos contra a administração pública, especialmente por corrupção. De acordo com o art. 2.º da última norma, as pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos no seu texto, praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

2.º) Uma atividade de risco normalmente desempenhada pelo autor do dano, o que é consagração da *cláusula geral de responsabilidade objetiva*. Como se pode notar, trata-se de uma atividade normalmente lícita, que causa danos aos direitos de outrem. Esses “direitos de outrem” devem abranger não apenas a vida e a integridade física, mas também outros direitos, de caráter patrimonial ou extrapatrimonial, conforme o preciso Enunciado n. 555 do CJF/STJ, da *VI Jornada de Direito Civil* (2013).

Para esclarecer o que constitui essa *atividade de risco*, foi aprovado enunciado na *I Jornada de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal, com a seguinte redação: “Enunciado n. 38. Art. 927: a responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade”. Desse modo, a nova previsão consagra um *risco excepcional, acima da situação de normalidade*. Nas palavras de Cláudio Luiz Bueno de Godoy, a norma traz como conteúdo um “risco diferenciado, especial, particular, destacado, afinal se toda prática organizada de atos em maior ou menor escala o produz”.[51] Destaque-se que o jurista propôs enunciado nesse sentido quando da *V Jornada de Direito Civil*, que contou com o apoio deste autor, nos seguintes termos: “A regra do artigo 927, parágrafo único, segunda parte, do CC aplica-se sempre que a atividade normalmente desenvolvida, mesmo sem defeito e não essencialmente perigosa, induza, por sua natureza, risco especial e diferenciado aos direitos de outrem. São critérios de avaliação desse risco, entre outros, a

estatística, a prova técnica e as máximas de experiência" (Enunciado n. 448).

Também na *V Jornada de Direito Civil*, realizada em novembro de 2011, aprovou-se enunciado propondo uma interpretação sociológica do comando, no seguinte sentido: "A responsabilidade civil prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil deve levar em consideração não apenas a proteção da vítima e a atividade do ofensor, mas também a prevenção e o interesse da sociedade" (Enunciado n. 446). A proposta de enunciado foi feita por Roger Silva Aguiar, sendo fruto de sua tese de doutorado, defendida na Universidade Gama Filho, do Rio de Janeiro.[52] Trata-se de interessante interpretação, que possibilita o enquadramento futuro de novas situações de risco, que surgirem do uso de novas técnicas pela humanidade. Como exemplo futuro, cogita-se a tecnologia que utiliza micro-organismos robóticos, conhecida como *nanotecnologia*.

Superadas tais elucidações, vejamos quais são as duas principais aplicações dessa cláusula geral na jurisprudência nacional até o presente momento.

Como *primeiro exemplo*, tem-se subsumido a norma para os casos de acidente de trabalho, mitigando-se a regra da responsabilidade civil subjetiva prevista no art. 7.º, inc. XXVIII, da Constituição Federal, pelo qual são direitos do trabalhador, *sem excluir outros*, "seguro contra acidentes do trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa". A menção a *outros direitos* flexibiliza o Texto Maior, possibilitando a incidência da norma civil, em casos excepcionais.

Em reforço, nota-se um claro conflito entre o art. 7.º, XXVIII, da CF/1988 e o art. 927, parágrafo único, do CC/2002. Isso porque, analisando o primeiro dispositivo, chega-se à conclusão de responsabilização direta subjetiva do empregador, sempre, em todos os casos. Já pela segunda norma a responsabilidade do empregador, havendo riscos pela atividade desenvolvida, pode ser tida como objetiva, independentemente de culpa. Ora, a regra contida na Constituição Federal não é específica quanto à responsabilidade civil, tratando sim de regra de seguro como direito inerente à condição do empregado, sem excluir a indenização a que o empregador estará obrigado na hipótese em que incorrer em culpa ou dolo. Aliás, apesar de ser norma criada a favor do empregado, é utilizada a favor do empregador, ao revés e de forma absurda.

Dentro dessa linha de pensamento, o dispositivo constitucional não traz regra pela qual a responsabilidade do empregador seja *sempre* subjetiva, mas somente enuncia, na sua segunda parte, que o direito ao seguro não exclui o de reparação civil nos casos de dolo ou culpa. Constituindo norma geral, é também norma hierarquicamente superior em relação ao Código Civil atual, por constar na norma fundamental brasileira.

Por outra via, o art. 927, parágrafo único, do CC/2002, apesar de ser norma inferior, constitui regra específica de responsabilidade civil sem culpa, inserida que está na seção que trata dessa fonte do direito obrigacional.

Observa-se, portanto, um conflito entre uma *norma geral superior* (art. 7.º, XXVIII, da CF/1988) e uma *norma especial inferior* (art. 927, parágrafo único, do CC). Presente esse choque, essa antinomia, qual das duas normas irá se sobrepor? Trata-se de uma antinomia de segundo grau, envolvendo os critérios *hierárquico* e da *especialidade*, tema abordado no primeiro capítulo desta obra. O conflito envolvendo tais critérios – hierárquico e especialidade – é exemplo típico de *antinomia real*, em que a solução não está nos metacritérios propostos, desenvolvidos por Norberto Bobbio. Repise-se que a especialidade consta da Constituição Federal, na segunda parte do princípio da isonomia, um dos ditames do *Direito Civil Constitucional* (a lei deve tratar de maneira igual os iguais, *e de maneira desigual os desiguais*).

Pois bem, em havendo antinomia real, a partir da doutrina de Maria Helena Diniz, duas são as possíveis soluções.[53]

1.ª Solução – Solução do Poder Legislativo com a edição de uma terceira norma apontando qual das duas regras em conflito deve ser aplicada, ou seja, qual deve se sobrepor. Como não há no momento essa terceira norma, não é o caso desse meio de solução.

2.ª Solução – Solução do Poder Judiciário, com a escolha, pelo juiz da causa, de uma das duas normas, aplicando os arts. 4.º e 5.º da Lei de Introdução. Por esse caminho, o magistrado deve buscar socorro na analogia, costumes, princípios gerais do direito, fim social da norma e bem comum. Aplicando-se o princípio geral de interpretação mais favorável ao empregado, um dos ditames do Direito do Trabalho, a responsabilidade é objetiva. O mesmo se diz pela aplicação do fim social da norma e do bem comum, consubstanciando a regra *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu), o preceito máximo de justiça. O juiz também entenderá pela responsabilidade objetiva se aplicar a proteção da dignidade humana (art. 1.º, III, da CF/1988) e a solidariedade social (art. 3.º, I, da CF/1988) em prol do trabalhador ou empregado.

Destaque-se que a tese de aplicação do art. 927, parágrafo único, do Código Civil para os acidentes de trabalho foi adotada pelo Enunciado n. 377, aprovado na *IV Jornada de Direito Civil*, cuja redação é a seguinte: "O art. 7.º, XXVIII, da Constituição Federal não é impedimento para a aplicação do disposto no art. 927, parágrafo único, do Código Civil quando se tratar de atividade de risco". O enunciado teve vários proponentes, entre eles magistrados do Trabalho, que estiveram presentes no evento.

Na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho vários são os julgados que fazem incidir o art. 927, parágrafo único, do CC para as relações de trabalho. Vejamos alguns deles:

- TST, Recurso de Revista 850/2004-021-12-50.0, 6.ª Turma, Rel. Min. Maurício Godinho Delgado, j. 03.06.2009.
- TST, Recurso de Revista 267/2007-007-18-40.2, 1.ª Turma, Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, j. 27.05.2009.
- TST, Recurso de Revista 1132/2007-030-04-00.3, 3.ª Turma, Rel. Min. Rosa Maria Weber, j. 20.05.2009.
- TST, Recurso de Revista 2135/2005-032-02-00.6, 3.ª Turma, Rel. Min. Rosa Maria Weber, j. 29.04.2009.

Concretizando, como ilustrações de atividade de risco que geram a aplicação da citada *cláusula*

geral podem ser citadas as atuações como motorista de cargas perigosas ou de valores, segurança, motoboy, caldereiro, mineiro, trabalhador da construção civil, vaqueiro ou *peão de boiadeiro*, entre outras.

Pois bem, como *segundo exemplo* de incidência do art. 927, parágrafo único, segunda parte do CC, ilustre-se, na opinião deste autor, os ambientes virtuais de relacionamento, responsabilizando-se a empresa que mantém o sítio digital. A responsabilidade pode ser configurada como objetiva, pois tais ambientes enquadram-se como de potencial risco de lesão a direitos da personalidade. Nesse sentido, de início, transcreve-se pioneiro acórdão do Tribunal de Minas Gerais:

> "Apelação cível. Ação indenizatória. Dano moral. Ofensas através de *site* de relacionamento. Orkut. Preliminar. Ilegitimidade passiva. Rejeição. Responsabilidade civil objetiva. Aplicação obrigatória. Dever de indenizar. Reconhecimento. *Quantum* indenizatório. Fixação. Prudência e moderação. Observância necessária. Majoração indevida. Restando demonstrado nos autos que a apelante (Google Brasil) atua como representante da Google inc., no Brasil, fazendo parte do conglomerado empresarial responsável pelo site de relacionamento denominado "Orkut", compete-lhe diligenciar no sentido de evitar que mensagens anônimas e ofensivas sejam disponibilizadas ao acesso público, pois, abstendo-se de fazê-lo, responderá por eventuais danos à honra e dignidade dos usuários decorrentes da má utilização dos serviços disponibilizados. Desinfluente, no caso, a alegação de que o perfil difamatório teria sido criado por terceiro, pois a empresa ré, efetivamente, não conseguiu identificá-lo, informando, apenas, um endereço de *e-mail*, também supostamente falso, restando inafastável a sua responsabilidade nos fatos narrados nestes autos e o reconhecimento de sua legitimidade para figurar no polo passivo da lide. Aplica-se à espécie o art. 927, parágrafo único, do Código Civil, que adota a teoria da responsabilidade civil objetiva, estabelecendo que haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, quando a atividade normalmente desenvolvida implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. No arbitramento do valor da indenização por dano moral devem ser levados em consideração a reprovabilidade da conduta ilícita e a gravidade do dano impingido, de acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, cuidando-se para que ele não propicie o enriquecimento imotivado do recebedor, bem como não seja irrisório a ponto de se afastar do caráter pedagógico inerente à medida" (TJMG, Apelação Cível 1.0024.08.041302-4/0011, Belo Horizonte, 17.ª Câmara Cível, Rel. Des. Luciano Pinto, j. 18.12.2008, *DJEMG* 06.03.2009).

Na mesma esteira, há outra decisão, do Tribunal Gaúcho, responsabilizando objetivamente a provadora pela conduta de um usuário que incluiu afirmações e fotos ofensivas de outra pessoa, que veio a demandá-la:

> "Dano moral. Responsabilidade do provedor de hospedagem configurada. Hipótese dos autos em que um usuário assinante dos serviços da provedora criou uma página eletrônica contendo fotos e informações de cunho difamatório que atingiram à imagem da lesada. Na espécie a provedora detinha os elementos de prova capazes de identificar o usuário assinante que criou o *site* depreciativo, pois o criador da página eletrônica forneceu à provedora os seus dados pessoais, bem como adquiriu os serviços comercializados pela provedora, através de 'e-commerce'. De outro vértice, a provedora agiu de maneira manifestamente desidiosa e negligente, haja vista que não suprimiu, imediatamente, após ter sido notificada pela ofendida, o site contendo as informações caluniosas. Situação que expôs a autora a situação vexatória e humilhante perante seus colegas de trabalho, familiares e conhecidos da sua comunidade. Dano moral configurado. Inteligência do art. 927, parágrafo único, do Código Civil cumulado com o art. 5.º, inciso IV, da Constituição Federal, mormente porque a atividade desenvolvida pela provedora de 'hosting' implica, por sua natureza, em riscos à esfera jurídica de terceiros. A provedora deve adotar as cautelas necessárias para possibilitar a identificação de seus usuários, especial porque, no caso concreto, se trata de servidor de hospedagem que disponibiliza espaço em seu domínio a assinantes que oferecem uma contraprestação

financeira pelo serviço de hospedagem" (TJRS, Acórdão 70026684092, Caxias do Sul, 9.ª Câmara Cível, Rel. Des. Tasso Caubi Soares Delabary, j. 29.04.2009, *DOERS* 14.05.2009, p. 61).

Anote-se que, apesar dos julgados transcritos – que contam com o apoio do presente autor – outras decisões têm afastado a incidência do art. 927, parágrafo único, do CC, para os ambientes virtuais. Assim, acórdão do STJ deduziu que "O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02" (STJ, REsp 1186616/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 23.08.2011, *DJe* 31.08.2011).

Portanto, ao contrário da nossa posição, tem-se entendido na jurisprudência superior pela necessidade de comprovação da culpa da empresa que mantém o site para que surja o dever de indenizar; respondendo esta apenas se, comunicada extrajudicialmente das mensagens ofensivas, não toma as providências necessárias para afastar o dano. Em suma, o tema ainda está em debate no nosso País.

O debate ficou ainda mais profundo diante da emergência do Marco Civil da Internet, a Lei 12.965, de abril de 2014. De acordo com o art. 18 da nova norma, o provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. Em complemento, estabelece o seu art. 19 que, com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente. Isso, ressalvadas as disposições legais em contrário.

Assim, a este autor parece que foi adotada uma *responsabilidade subjetiva agravada*, somente existente no caso de desobediência de ordem judicial. O presente autor lamenta os exatos termos do texto legal, que acaba *judicializando* as contendas quando a tendência é justamente a oposta. Dessa forma, aguardamos novas posições jurisprudenciais sobre a matéria, especialmente nos casos em que o site oferece claros riscos de lesão a direitos da personalidade.

Além desses exemplos jurisprudenciais como terceira concretização de incidência do art. 927, parágrafo único, segunda parte do CC, da *V Jornada de Direito Civil*, cite-se enunciado que propõe a responsabilidade objetiva dos clubes de futebol, pelos atos praticados por torcidas organizadas: "As agremiações esportivas são objetivamente responsáveis por danos causados a terceiros pelas torcidas organizadas, agindo nessa qualidade, quando, de qualquer modo, as financiem ou custeiem, direta ou indiretamente, total ou parcialmente" (Enunciado n. 447, proposta de Adalberto Pasqualotto). O entendimento constante do enunciado é sociológico, contando com o apoio do

presente autor quando daquele evento.

Para encerrar o presente tópico, como se pode perceber, o art. 927, parágrafo único, do atual Código, um dos seus mais festejados dispositivos, já vem recebendo a devida concreção pela prática jurisdicional e pela doutrina. A tendência é justamente ampliar a sua aplicação. Superada tal constatação, passe-se ao estudo dos principais casos de responsabilidade objetiva previstos no CC/2002.

4.3.3 A responsabilidade objetiva no Código Civil de 2002. Principais regras específicas

4.3.3.1 A responsabilidade civil objetiva por atos de terceiros ou responsabilidade civil indireta

O art. 932 do CC/2002 consagra hipóteses de responsabilidade civil por atos praticados por terceiros, também denominada *responsabilidade civil objetiva indireta ou por atos de outrem*, a saber:

a) Os pais são responsáveis pelos atos praticados pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia.

b) O tutor e o curador são responsáveis pelos pupilos e curatelados que estiverem nas mesmas condições anteriores (autoridade e companhia).

c) O empregador ou comitente são responsáveis pelos atos de seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho ou em razão dele. Para caracterização dessa responsabilidade, não há sequer necessidade de prova do vínculo de emprego.

d) Os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, são responsáveis pelos atos danosos praticados pelos seus hóspedes, moradores e educandos.

e) São também responsáveis todos aqueles que contribuírem gratuitamente nos produtos de crime, até a concorrência da respectiva quantia. A ilustrar a aplicação desse inciso, na *VI Jornada de Direito Civil* foi aprovado o Enunciado n. 558, *in verbis*: "São solidariamente responsáveis pela reparação civil, juntamente com os agentes públicos que praticaram atos de improbidade administrativa, as pessoas, inclusive as jurídicas, que para eles concorreram ou deles se beneficiaram direta ou indiretamente".

Enuncia o art. 933 do CC que a responsabilidade das pessoas antes elencadas independe de culpa, tendo sido adotada a *teoria do risco-criado*. Dessa forma, as pessoas arroladas, ainda que não haja culpa de sua parte (responsabilidade objetiva), responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos. Mas para que essas pessoas respondam, é necessário provar a culpa daqueles pelos quais são responsáveis. Por isso a responsabilidade é denominada *objetiva indireta ou objetiva impura*, conforme a doutrina de Álvaro Villaça Azevedo.[54]

Esclarecendo, para que os pais respondam objetivamente, é preciso comprovar a culpa dos filhos; para que os tutores ou curadores respondam, é preciso comprovar a culpa dos tutelados ou curatelados; para que os empregadores respondam, é preciso comprovar a culpa dos empregados; e assim sucessivamente. Desse modo, é fundamental repetir que não se pode mais falar em culpa presumida (culpa *in vigilando* ou culpa *in eligendo*) nesses casos, mas em *responsabilidade sem culpa*, de natureza objetiva.

Como foi afirmado, os casos de presunção relativa de culpa foram banidos do ordenamento jurídico brasileiro, diante de um importante *salto evolutivo*. Vale ainda lembrar que deve ser tida como cancelada a Súmula 341 do STF, pela qual seria presumida a culpa do empregador por ato de seu empregado. A responsabilidade do empregador por ato do seu empregado, que causa dano a terceiro, independe de culpa (*responsabilidade objetiva* – arts. 932, III, e 933 do CC). Nesse sentido, repise-se enunciado aprovado na *V Jornada de Direito Civil*, estabelecendo que "A responsabilidade civil por ato de terceiro funda-se na responsabilidade objetiva ou independentemente de culpa, estando superado o modelo de culpa presumida" (Enunciado n. 451).

Especificamente quanto ao inciso III do art. 932, foi aprovado o Enunciado n. 191 do CJF/STJ, na *III Jornada de Direito Civil*, pelo qual: "A instituição hospitalar privada responde, na forma do art. 932, III, do CC, pelos atos culposos praticados por médicos integrantes do seu corpo clínico". O enunciado doutrinário traz interessante ilustração de incidência da norma, o que vem sendo aplicado pela melhor jurisprudência (nesse sentido, ver: TJRJ, Apelação 2009.001.14922, 2.ª Câmara Cível, Rel. Des. Jessé Torres, j. 08.04.2009, *DORJ* 15.04.2009, p. 86 e TJMG, Apelação Cível 1.0672.06.203906-6/0011, Sete Lagoas, 16.ª Câmara Cível, Rel. Des. Batista de Abreu, j. 09.04.2008, *DJEMG* 09.05.2008).

Ainda sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça tem assim resolvido as demandas relativas aos danos causados pelos médicos no interior dos hospitais, no exercício de sua atividade:

> "(...). A responsabilidade das sociedades empresárias hospitalares por dano causado ao paciente-consumidor pode ser assim sintetizada: (i) as obrigações assumidas diretamente pelo complexo hospitalar limitam-se ao fornecimento de recursos materiais e humanos auxiliares adequados à prestação dos serviços médicos e à supervisão do paciente, hipótese em que a responsabilidade objetiva da instituição (por ato próprio) exsurge somente em decorrência de defeito no serviço prestado (art. 14, *caput*, do CDC); (ii) os atos técnicos praticados pelos médicos sem vínculo de emprego ou subordinação com o hospital são imputados ao profissional pessoalmente, eximindo-se a entidade hospitalar de qualquer responsabilidade (art. 14, § 4.º, do CDC), se não concorreu para a ocorrência do dano; (iii) quanto aos atos técnicos praticados de forma defeituosa pelos profissionais da saúde vinculados de alguma forma ao hospital, respondem solidariamente a instituição hospitalar e o profissional responsável, apurada a sua culpa profissional. Nesse caso, o hospital é responsabilizado indiretamente por ato de terceiro, cuja culpa deve ser comprovada pela vítima de modo a fazer emergir o dever de indenizar da instituição, de natureza absoluta (arts. 932 e 933 do CC), sendo cabível ao juiz, demonstrada a hipossuficiência do paciente, determinar a inversão do ônus da prova (art. 6.º, VIII, do CDC). (...)". (STJ, REsp 1145728/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Rel. p/ Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 28.06.2011, *DJe* 08.09.2011).

Ainda a respeito do mesmo inciso do art. 932, ele parece justificar o teor da Súmula 492 do STF, pela qual "A empresa locadora de veículos responde, civil e solidariamente, com o locatário, pelos danos por este causados a terceiro, no uso do carro alugado". Pode-se afirmar que o vínculo de confiança existente entre locadora e locatário está fundamentado no art. 932, III, do CC. Outro argumento para justificar a Súmula seria o princípio da solidariedade, previsto no art. 7.º do CDC. De qualquer forma, há ainda quem não veja a Súmula com bons olhos, pois a solidariedade contratual não se presume, advém de lei ou do contrato (art. 265 do CC).

Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que tiver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for seu descendente, absoluta ou relativamente incapaz (art. 934 do CC). Esse dispositivo consagra o *direito de regresso* do responsável contra o culpado. Somente nas relações entre ascendentes e descendentes incapazes não há o mencionado direito de regresso, pois, quando o Código Civil foi elaborado, pensava-se ser imoral uma demanda regressiva entre tais familiares.[55] Complementando a norma, com conteúdo correto, determina o Enunciado n. 44 do CJF/STJ que "na hipótese do art. 934, o empregador e o comitente somente poderão agir regressivamente contra o empregado ou o preposto se estes tiverem causado o dano com dolo ou culpa".

Em continuidade, pela previsão do art. 942, parágrafo único, do CC, haverá solidariedade entre todos os sujeitos elencados em todos os incisos do art. 932. Desse modo, reconhecida a solidariedade em relação à vítima, "na via regressiva, a indenização atribuída a cada agente será fixada proporcionalmente à sua contribuição para o evento danoso" (Enunciado n. 453, da *V Jornada de Direito Civil*).

Mas dúvida importante surge em relação ao tratamento daqueles que são responsáveis por atos praticados pelos incapazes, pelo que consta nos arts. 932, I e II, 934 e 942, aqui analisados e, particularmente, no art. 928 do CC/2002, cuja redação segue:

> "Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.
>
> Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependam."

Esse comando legal, sem correspondente na codificação anterior, contempla uma novidade criticada, que é a responsabilização civil do incapaz. Os críticos interrogam: como poderia uma pessoa que não tem capacidade plena responder? Isso seria totalmente ilógico, para parte da doutrina. Assinalam Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado que mesmo diante dessas críticas, o dispositivo representa notável avanço, estando de acordo com os mais modernos diplomas legais do mundo, como o BGB Alemão, o Código Civil francês, o Código Civil português e o Código Civil

italiano.[56]

Mas, diante desse comando legal, surgiria uma aparente contradição em relação aos comandos analisados anteriormente. Isso porque, pelos arts. 932, I e II, e 942, parágrafo único, haveria responsabilidade dos pais, tutores e curadores em relação aos filhos menores, tutelados e curatelados de forma solidária. A discussão vale ainda para os donos de estabelecimentos de ensino que respondem pelos educandos menores que estiverem sob sua autoridade. É fundamental lembrar que, nos casos de ascendentes que são responsáveis por descendentes, não há o direito de regresso, dos primeiros contra os segundos (art. 934 do CC).

Por outro lado, interpretando o art. 928, esta responsabilidade do incapaz é subsidiária, respondendo o mesmo em duas hipóteses:

a) Nos casos em que os pais, tutores e curadores não respondem por seus filhos, tutelados e curatelados, pois os últimos não est sob sua autoridade e companhia.
b) Nas situações em que os responsáveis não tenham meios suficientes para arcar com os prejuízos.

Confirmando tal responsabilidade subsidiária do incapaz, julgou com precisão o Superior Tribunal de Justiça que "o CC, no seu art. 932, trata das hipóteses em que a responsabilidade civil pode ser atribuída a quem não seja o causador do dano, a exemplo da responsabilidade dos genitores pelos atos cometidos por seus filhos menores (inciso I), que constitui modalidade de responsabilidade objetiva decorrente do exercício do poder familiar. É certo que, conforme o art. 942, parágrafo único, do CC, 'são solidariamente responsáveis com os autores, os coautores e as pessoas designadas no art. 932'. Todavia, o referido dispositivo legal deve ser interpretado em conjunto com os arts. 928 e 934 do CC, que tratam, respectivamente, da responsabilidade subsidiária e mitigada do incapaz e da inexistência de direito de regresso em face do descendente absoluta ou relativamente incapaz. Destarte, o patrimônio do filho menor somente pode responder pelos prejuízos causados a outrem se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. Mesmo assim, nos termos do parágrafo único do art. 928, se for o caso de atingimento do patrimônio do menor, a indenização será equitativa e não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependam. Portanto, deve-se concluir que o filho menor não é responsável solidário com seus genitores pelos danos causados, mas, sim, subsidiário" (STJ, REsp 1.319.626/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26.02.2013, publicado no seu *Informativo* n. *515*).

Então, como fica a responsabilidade dos pais, tutores e curadores em relação aos incapazes? Seria solidária ou teriam os últimos o benefício da subsidiariedade? A aparente solução para tais casos, indicando para a responsabilidade subsidiária e excepcional do incapaz, pode ser retirada da leitura do Enunciado n. 40, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, cuja redação é a seguinte:

> "Enunciado n. 40. Art. 928: o incapaz responde pelos prejuízos que causar de maneira subsidiária ou excepcionalmente, como devedor principal, na hipótese do ressarcimento devido pelos adolescentes que praticarem atos infracionais, nos termos do art. 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente, no âmbito das medidas socioeducativas ali previstas."

O enunciado é tido como correto pela doutrina que se especializou no assunto, caso do Professor da Universidade de São Paulo José Fernando Simão, que desenvolveu tese de doutorado sobre o tema.[57]

Também na *I Jornada de Direito Civil* foi aprovado o Enunciado n. 41, prevendo que "a única hipótese em que poderá haver responsabilidade solidária do menor de 18 anos com seus pais é ter sido emancipado nos termos do art. 5.º, parágrafo único, I, do novo Código Civil". Esse último enunciado recebe críticas contundentes da doutrina, pois, ao prever que os pais só respondem solidariamente em caso de emancipação voluntária dos filhos, acaba por presumir a má-fé dos primeiros, o que é inadmissível em uma codificação que abraça como um dos princípios fundamentais a boa-fé objetiva. Ilustrando, imagine-se o caso em que pais têm um filho menor que é um delinquente contumaz. Não se pode pensar que eventual emancipação voluntária será feita apenas para afastar a responsabilidade desses pais, o que conduziria à responsabilidade solidária.

Em síntese, a respeito da responsabilidade civil do incapaz, deve-se concluir que "diante da sistemática do novo Código Civil, quer seja a pessoa relativamente ou absolutamente incapaz, sua responsabilidade será subsidiária sempre que seus representantes tiverem o dever de indenizar os danos por ela causados, bem como dispuserem de meios para fazê-lo".[58] Ilustrando, com tal conclusão, pode ser colacionado o seguinte julgado do Tribunal Paulista:

> "Ressarcimento de danos. Pichação de muros de escola municipal. Ato infracional praticado por menores. Ação proposta em face de incapazes. Inobservância das condições do art. 928, do Código Civil. As consequências civis dos atos danosos praticados pelo incapaz devem ser imputadas primeiramente aos pais. Extinção do processo sem resolução do mérito". (TJSP, Apelação n. 994.09.025881-9, Acórdão n. 4547396, São José do Rio Preto, Décima Terceira Câmara de Direito Público, Rel. Des. Ferraz de Arruda, j. 09.06.2010, *DJESP* 20.09.2010).

Em todos os casos, não se pode esquecer a regra contida no parágrafo único do art. 928, pela qual não se pode privar o incapaz ou os seus dependentes do mínimo para que vivam com dignidade, à luz do art. 1.º, III, da CF/1988. Há relação direta entre o comando legal em questão e o *Estatuto do Patrimônio Mínimo* de Luiz Edson Fachin, que visa assegurar à pessoa um *piso mínimo de direitos*, dentro da ideia de *personalização do Direito Privado*.[59] Em complemento ao texto legal, prevê o Enunciado n. 39, também aprovado na *I Jornada de Direito Civil*:

> "Art. 928: a impossibilidade de privação do necessário à pessoa, prevista no art. 928, traduz um dever de indenização equitativa, informado pelo princípio constitucional da proteção à dignidade da pessoa humana. Como consequência, também os pais, tutores e curadores serão beneficiados pelo limite humanitário do dever de indenizar, de modo que a passagem ao patrimônio do incapaz se dará não quando esgotados todos os recursos do responsável, mas quando reduzidos estes ao

montante necessário à manutenção de sua dignidade."

Na *V Jornada de Direito Civil*, foi aprovado enunciado doutrinário estabelecendo que "A indenização equitativa do artigo 928, parágrafo único, do Código Civil, não é necessariamente reduzida, sem prejuízo do Enunciado n. 39, da *I Jornada de Direito Civil*" (Enunciado n. 449). Desse modo, pode o juiz da causa entender que não é o caso de se reduzir o valor da indenização, quando o montante não privar o incapaz do *mínimo vital*. Em algumas situações, deve-se pensar também na vítima, visando a sua reparação integral.

De qualquer maneira, a grande dificuldade reside em saber como aplicar a norma e o entendimento doutrinário, fixando por equidade a indenização. Até o presente momento não há julgado conhecido e contundente de incidência do comando estudado.

4.3.3.2 A responsabilidade civil objetiva por danos causados por animal

De acordo com o art. 936 da atual codificação, o dono ou detentor do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior. Houve aqui alteração importante na redação do dispositivo, eis que o art. 1.527 do CC/1916, seu correspondente, previa outras excludentes de responsabilidade civil a favor do dono ou detentor, a saber:

a) que o guardava e vigiava com cuidado preciso;
b) que o animal foi provocado por outro;
c) que houve imprudência do ofendido;
d) que o fato resultou de caso fortuito ou força maior.

Como o Código Civil de 2002 traz somente duas excludentes do dever de indenizar (culpa exclusiva da vítima e força maior), fica evidenciado que o caso é de típica responsabilidade objetiva, independentemente de culpa. Deve ficar claro que este autor entende ser também excludente o caso fortuito (evento totalmente imprevisível) que é *mais* do que a força maior (evento previsível, mas inevitável), obstando ou rompendo com o nexo de causalidade. Ademais, se considerarmos o caso fortuito como sinônimo de força maior, assim como faz parte da doutrina e da jurisprudência – inclusive do STJ –, o primeiro, do mesmo modo, é excludente de responsabilidade em casos tais.

Pois bem, conforme demonstrado em outra oportunidade, não se pode mais falar em culpa *in custodiendo*, antiga denominação utilizada para a culpa presumida em casos tais. Vejamos outros argumentos que podem ser utilizados, em reforço:

1.º) O Código Civil de 2002 não reproduziu a excludente do cuidado preciso, o que traz a conclusão de que a prova de

ausência de culpa não é mais excludente de responsabilidade civil.[60] Anote-se a existência de julgados nacionais aplicando tal ideia de responsabilização sem culpa (TJSP, Apelação 994.05.012124-1, Acórdão 4261785, Limeira, 1.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Elliot Akel, j. 15.12.2009, *DJESP* 17.03.2010 e TJRJ, Apelação 2009.001.16970, Niterói, 17.ª Câmara Cível, Rel. Des. Custódio Tostes, j. 05.05.2009, *DORJ* 28.05.2009, p. 125).

2.º) Muitas vezes ter um animal ou animais pode se enquadrar em uma atividade de risco, nos moldes do art. 927, parágrafo único, segunda parte, do CC (cláusula geral de responsabilidade objetiva). Exemplos: ter um canil ou um apiário (criadouro de abelhas). A jurisprudência gaúcha já fez incidir a regra para a atividade da *joqueta*, que monta em cavalos para corridas de turfe (TJRS, Acórdão 70026905885, Pelotas, 6.ª Câmara Cível, Rel.ª Des.ª Liége Puricelli Pires, j. 02.07.2009, *DOERS* 13.07.2009, p. 39).

3.º) Pode-se aplicar a responsabilidade objetiva do Código de Defesa do Consumidor para acidentes causados por animais, em diálogo das fontes com o Código Civil. Ilustrem-se os acidentes com animais em circos, hotéis, clubes, parques de diversão e rodeios. Nessa linha, a jurisprudência superior tem subsumido a Lei 8.078/1990 para os acidentes causados por animais em rodovias, respondendo a concessionária pelos danos causados aos usuários ou terceiros (ver: STJ, Ag. Rg. no Ag. 522.022/RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Data da decisão: 17.02.2004, 3.ª Turma, *DJ* 05.04.2004, p. 256 e STJ, REsp 647.710/RJ, Rel. Min. Castro Filho, 3.ª Turma, j. 20.06.2006, *DJ* 30.06.2006, p. 216). Mais recentemente, o Tribunal Superior desenvolveu o raciocínio de incidência do CDC para responsabilizar objetiva e solidariamente o *shopping center* e o circo, pelo trágico acidente ocorrido nas dependências do último, instaladas no estacionamento do primeiro. No evento danoso, leões do Circo Vostok vitimaram uma criança, sendo a demanda proposta por seus pais, justamente indenizados na espécie (STJ, REsp 1100571/PE, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 07.04.2011, *DJe* 18.08.2011).

Compartilhando dessas premissas, foi aprovado o seguinte enunciado doutrinário na *V Jornada de Direito Civil*, de autoria de Renzo Gama Soares, professor capixaba: “A responsabilidade civil do dono ou detentor do animal é objetiva, admitindo a excludente do fato exclusivo de terceiro” (Enunciado n. 452). Além de prever expressamente a responsabilidade objetiva, o enunciado ainda esclarece que a culpa exclusiva de terceiro é fator que obsta a responsabilidade civil do dono ou detentor do animal; merecendo o apoio deste autor.

Esclarecida a responsabilidade objetiva pelo animal e aprofundando a matéria, vejamos um caso prático interessante. Um cão, de raça violenta, está na posse de preposto do dono (*v.g.*, adestrador, treinador ou *personal dog*). O último se distrai e o cachorro ataca um terceiro. De quem será a responsabilidade? No caso em questão, deve-se concluir que haverá responsabilidade solidária entre o dono e o adestrador, pela aplicação conjunta dos arts. 932, III, 933, 936 e 942, parágrafo único, do CC em vigor. Esclareça-se que a responsabilidade do preposto é objetiva por fato do animal (art. 936), enquanto a do dono é objetiva indireta, desde que comprovada a culpa do seu preposto (arts. 932, III, e 933 do CC).

Em outro caso, o próprio preposto pode sofrer o dano causado por animal. Vejamos julgado interessante, do Tribunal Gaúcho, em que um animal de um zoológico acarretou danos a um empregado do estabelecimento:

> “Ação de indenização. Danos materiais e morais. Acidente do trabalho. Ferimentos produzidos por animal (macaco) fugitivo ao ser capturado por empregado de zoológico. Culpa do empregador pelo evento danoso ocorrido devidamente demonstrada. Demais elementos que compõem a responsabilidade também positivados nos autos. Dano moral reconhecido,

incluído o estético. Dever de indenizar proclamado. Dano material, porém, inexistente. Indenização a título de danos morais majorada" (TJRS, Processo: 70006938252, Data: 12.05.2004, 9.ª Câmara Cível, Juiz Rel. Pedro Celso Dal Pra, Origem: Comarca de Passo Fundo).

Para encerrar o estudo do tema e as ilustrações, entende-se, com razão, que se um animal fugir da residência de seu dono, causando prejuízos físicos a terceiros, surgirá o dever de reparar do primeiro. Nesse sentido, a jurisprudência do Paraná:

"Apelação cível. Responsabilidade civil. Mordedura de cachorro. Amputação do polegar da mão esquerda. Cão da raça pastor alemão que escapa da residência. Responsabilidade do dono. Inteligência do art. 936, do Código Civil. Culpa exclusiva da vítima não configurada. Negligência na guarda do animal que se constituiu na causa primária do evento. Dever de indenizar dano moral. Q*uantum* razoável. Manutenção. Juros de mora termo inicial. Honorários advocatícios. Percentual adequado. Recurso parcialmente provido" (TJPR, Apelação Cível 0537517-7, Londrina, 10.ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Lopes, *DJPR* 01.06.2009, p. 170).

4.3.3.3 *A responsabilidade civil objetiva por danos causados por prédios em ruína*

Conforme o art. 937 do CC, o dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta. Trata-se de mais um caso de responsabilidade objetiva, diante de um risco criado ou risco proveito, o que depende do caso concreto. Confirmando a premissa, o Enunciado n. 556 do CJF/STJ, da VI Jornada de Direito Civil (2013), proposto por este autor: "A responsabilidade civil do dono do prédio ou construção por sua ruína, tratada pelo art. 937 do CC, é objetiva".

Nos termos literais do dispositivo, para que a responsabilidade tenha natureza objetiva, haveria necessidade de estar evidenciado o mau estado de conservação do edifício ou da construção. Todavia, na opinião deste autor, estribado na melhor doutrina, tal requisito é dispensável.[61] Por uma questão lógica, sendo a necessidade de reparos manifesta a responsabilidade é objetiva; muito maior deve ser se tal necessidade estiver às escondidas, o que denota uma má-fé do construtor.

Em reforço, na grande maioria das situações que envolvem a queda de edifício será aplicada responsabilidade objetiva da Lei 8.078/1990. Os proprietários do edifício podem ser considerados consumidores diretos; enquanto que moradores e outras vítimas do evento de consumo serão consumidores indiretos, por equiparação ou *bystander* (art. 17 do CDC).

Consigne-se que todo esse raciocínio de responsabilização objetiva foi desenvolvido no *caso Palace II*, do famoso edifício que caiu na Barra da Tijuca, cidade do Rio de Janeiro (por todos: TJRJ, Ementário: 10/2002 – n. 22 – 18.04.2002, Apelação Cível 2001.001.21725, Data de Registro: 13.03.2002, folhas: 33949/33957, Comarca de Origem: Capital, 2.ª Câmara Cível, Votação: Unânime, Rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho, j. 22.11.2001 e TJRJ, *Ementário*: 14/2004, n. 18, 20.05.2004, Apelação Cível 2003.001.30517 Comarca de Origem: Capital, 17.ª Câmara Cível,

votação: unânime, Rel. Des. Fabricio Bandeira Filho, j. 10.12.2003).

Concluindo, como se pode notar, a responsabilidade é do dono do edifício ou da construção (construtora), não se confundindo esse comando legal com a regra do art. 938 do CC, que trata de objetos lançados dos prédios. Aliás, deve-se entender que, na hipótese de ruir parte do prédio, aplica-se o art. 937 da codificação, respondendo o construtor ou edificador. Os casos, entretanto, podem gerar confusão. Esclarecendo, será estudado agora o art. 938 do CC.

4.3.3.4 *A responsabilidade civil objetiva por danos oriundos de coisas lançadas das casas (defenestramento)*

Enuncia o Código Civil que aquele que habitar uma casa ou parte dela responde pelos danos provenientes das coisas que dela caírem ou forem lançadas (sólidas ou líquidas) em lugar indevido (art. 938). Trata-se da responsabilidade civil por *defenestramento* ou por *effusis et dejectis*. A expressão *defenestrar* significa jogar fora pela janela.

Segue-se a corrente doutrinária que entende que não importa que o objeto líquido (*effusis*) ou sólido (*dejectis*) tenha caído acidentalmente, pois ninguém pode colocar em risco a segurança alheia, o que denota a responsabilidade objetiva do ocupante diante de um *risco criado*.[62]

Nos casos de cessão do prédio, responderão o locatário ou o comodatário, não sendo o caso de se imputar responsabilidade ao locador ou ao comodante (eventuais proprietários do imóvel). Em regra, não há responsabilidade solidária daquele que cedeu o bem, a não ser em casos de coautoria (art. 942, parágrafo único, do CC).

No caso de prédio de escritórios ou apartamentos (condomínio edilício), não sendo possível identificar de onde a coisa foi lançada, haverá responsabilidade do condomínio, segundo a doutrina por último citada e a melhor jurisprudência (assim concluindo: STJ, REsp 64.682/RJ, Rel. Min. Bueno de Souza, 4.ª Turma, j. 10.11.1998, *DJ* 29.03.1999, p. 180 e TJMG, Apelação Cível 1.0024.08.107030-2/0011, Belo Horizonte, 12.ª Câmara Cível, Rel. Des. Saldanha da Fonseca, j. 26.08.2009, *DJEMG* 14.09.2009). Tal entendimento confirma a responsabilização sem culpa ou objetiva. Por óbvio, está assegurado o direito de regresso do condomínio contra o eventual culpado. Consolidando essa forma de pensar no âmbito doutrinário, o Enunciado n. 557 da VI Jornada de Direito Civil (2013), seguindo proposta formulada por este autor: "Nos termos do art. 938 do CC, se a coisa cair ou for lançada de condomínio edilício, não sendo possível identificar de qual unidade, responderá o condomínio, assegurado o direito de regresso".

Dúvidas surgem, nesse último caso, a respeito da responsabilização dos condôminos que estão do lado oposto de onde caiu a coisa. Conclui-se, como Sílvio de Salvo Venosa, que todo o condomínio deve ser responsabilizado, não interessando de onde exatamente caiu o objeto. Para

justificar seu posicionamento, o doutrinador fala em *pulverização dos danos na sociedade*, ensinando que, "Assim, quando o dano é praticado por um membro não identificado de um grupo, todos os seus integrantes devem ser chamados para a reparação".[63]

4.3.3.5 *A responsabilidade civil objetiva no contrato de transporte*

O contrato de transporte ganhou tratamento especial no Código Civil de 2002, passando a ser um contrato típico na codificação privada. Desse modo, é forçoso concluir que está revogado o Decreto-lei 2.681/1912, que previa a responsabilidade das empresas de estradas de ferro e, por analogia, sempre foi aplicado a todas as formas de transporte terrestre. Também estão revogados os dispositivos do Código Comercial que tratavam do assunto.

Relativamente ao transporte de coisas, enuncia o art. 750 a responsabilidade objetiva do transportador, nos seguintes termos: "A responsabilidade do transportador, limitada ao valor constante do conhecimento, começa no momento em que ele, ou seus prepostos, recebem a coisa; termina quando é entregue ao destinatário, ou depositada em juízo, se aquele não for encontrado".

Ora, mesmo não havendo previsão expressa quanto à responsabilidade independente de culpa, não há dúvidas quanto a essa natureza jurídica. *Primeiro*, pelo tratamento que sempre foi dado à matéria, tanto por doutrina quanto por jurisprudência (nessa linha: STJ, REsp 154.943/DF, Rel. Min. Nilson Naves, 3.ª Turma, j. 04.04.2000, *DJ* 28.08.2000, p. 74). *Segundo*, porque o transportador assume uma obrigação de fim ou de resultado, qual seja, a de levar a coisa até o destino com segurança e integridade, o que gera a *cláusula de incolumidade. Terceiro*, pela possibilidade de enquadramento na relação de consumo regida pelo Código de Defesa do Consumidor, na grande maioria das hipóteses fáticas, pois afinal de contas o transportador presta um serviço de forma profissional e muitas vezes há um destinatário final, fático e econômico na *outra ponta* da relação jurídica (*diálogo das fontes* entre o CC/2002 e o CDC).

Confirmando a responsabilidade objetiva, sobre o transporte de pessoas, prevê o art. 734 do CC em vigor que "O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade". O último dispositivo, aliás, somente consubstancia o entendimento jurisprudencial anterior, constante da Súmula 161 do Supremo Tribunal Federal, pela qual: "Em contrato de transporte é inoperante a cláusula de não indenizar". Como se pode notar pelo teor da súmula, a cláusula não tem validade em qualquer tipo de transporte, seja de pessoas ou de coisas.

Agravando a responsabilidade objetiva do transportador de pessoas, o art. 735 do atual Código enuncia que em havendo acidente com o passageiro não cabe a excludente da culpa exclusiva de terceiro, contra o qual o transportador tem ação regressiva. A norma é reprodução literal da antiga Súmula 187 do STF.

O dispositivo e a súmula servem para responsabilizar as empresas aéreas por acidentes que causam a morte de passageiros mesmo em havendo culpa somente de pilotos de outra aeronave ou de agentes do Estado. O que se percebe, por tal realidade jurídica, é que a aplicação do Código Civil de 2002, nesse ponto, é até melhor aos consumidores do que a aplicação do CDC, eis que a Lei 8.078/1990 consagra a culpa exclusiva de terceiro como excludente de responsabilização, havendo prestação de serviços (art. 14, § 3.º).

Ainda quanto ao transporte de pessoas, dispõe o art. 736 do CC que não haverá responsabilidade contratual objetiva do transportador no caso de transporte gratuito ou benévolo, também denominado *carona*. Em casos tais a responsabilidade daquele que dá a carona depende da comprovação de dolo ou culpa (responsabilidade extracontratual subjetiva, nos termos do art. 186 do CC).

Tal regra está perfeitamente adaptada ao entendimento jurisprudencial consubstanciado anteriormente, principalmente pelo enunciado da Súmula 145 do Superior Tribunal de Justiça, a saber: "no transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave". Todavia, entende este autor que a Súmula merece nova leitura, eis que não há necessidade de a culpa ser grave ou da presença de dolo. Presente a culpa, em qualquer grau, responderá aquele que deu a carona. O grau de culpa apenas serve para a fixação da indenização, inclusive por danos morais (arts. 944 e 945 do CC e aplicação da *teoria da causalidade adequada*).

A questão não é pacífica na doutrina contemporânea. José Fernando Simão, por exemplo, entende que aquele que deu a carona somente responde nos casos de dolo ou culpa grave, nos exatos termos da citada Súmula 145 do STJ. Isso porque a hipótese da carona continua sendo de responsabilidade civil contratual e, em havendo um negócio jurídico gratuito, somente há o dever de reparar do caronista nos casos de sua atuação com dolo, conforme o art. 392 do CC. Em complemento, como a culpa grave a esta se equipara, mantém-se a integralidade da súmula do Tribunal da Cidadania. O jurista traz um argumento a ser considerado, qual seja a função social da carona, pontuando que "a carona deve ser estimulada e não punida. Já que o transporte público é ineficiente, a carona é uma das formas de reduzir o número de carros nas ruas, e com isso, reduzir o trânsito e melhorar o meio ambiente, sem poluição. É ato de solidariedade e que faz bem ao meio ambiente".[64] De fato, os fundamentos nos interesses coletivos são plausíveis, a fazer o presente autor a refletir sobre uma mudança de posição para o futuro.

Por fim, pelo art. 736, parágrafo único, do CC, caso o transportador receba qualquer tipo de vantagem indireta pelo transporte, a sua responsabilidade volta a ser contratual objetiva. São exemplos de vantagens indiretas o pagamento de pedágio, o pagamento de combustível e as refeições pagas pelo conduzido. Partindo para outra ilustração, tal regra pode ter aplicação imediata a

elevadores e escadas rolantes localizados em lojas, *shopping centers*, supermercados, hotéis e similares, eis que também são meios de transporte de menor amplitude espacial. Mesmo não havendo remuneração, tais meios de transporte acabam trazendo vantagens indiretas aos fornecedores e prestadores. Fica claro, também, que é possível invocar as normas do Código de Defesa do Consumidor para apontar a responsabilidade objetiva.

Também cabe subsunção da norma para os casos de programas de milhagem ou de pontuação em companhias aéreas. Nesse sentido, a proposta de enunciado doutrinário formulada na *IV Jornada de Direito Civil* pelo juiz federal do TRF da 5.ª Região Bruno Leonardo Câmara Carrá: “Diante da regra do parágrafo único do art. 736 do Código Civil, é contratual a responsabilidade no transporte de pessoas que resulta da aquisição de bilhete de passagem em decorrência de sorteios em campanhas publicitárias ou programas de acúmulo de milhagens ofertados no mercado de consumo”. Infelizmente, a proposta de enunciado não foi discutida naquele evento, por falta de tempo e excesso de trabalho.

Na *VI Jornada*, de 2013, o tema voltou a ser debatido, aprovando-se a proposta do Professor Alexandre Assumpção (UERJ), com o seguinte e preciso teor: “no transporte aéreo, nacional e internacional, a responsabilidade do transportador em relação aos passageiros gratuitos, que viajarem por cortesia, é objetiva, devendo atender à integral reparação de danos patrimoniais e extrapatrimoniais” (Enunciado n. 559).

4.4 DAS EXCLUDENTES DO DEVER DE INDENIZAR

4.4.1 Da legítima defesa

De acordo com o art. 188, I, do CC, não constituem atos ilícitos os praticados em legítima defesa. Trata-se de importante excludente do dever de indenizar, da ilicitude, com relevância prática indiscutível. O conceito de legítima defesa pode ser retirado do art. 25 do Código Penal, *in verbis*: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

Para a configuração da legítima defesa cabe análise caso a caso, sendo certo que o agente não pode atuar além do indispensável para afastar o dano ou a iminência de prejuízo material ou imaterial. O conceito também pode ser retirado do art. 1.210 do CC, que trata da *legítima defesa da posse*, nos casos de ameaça e de turbação; e do *desforço pessoal*, nos casos de esbulho.

A exemplificar, se o proprietário de uma fazenda desfere tiros de arma de fogo contra invasores de seu imóvel, não haverá legítima defesa, mas excesso no exercício da defesa (abuso de direito), estando configurado o seu dever de indenizar. Nessa situação, não houve um exercício regular de

direito, mas sim um exercício irregular, o que tanto pode gerar abuso de direito (art. 187 do CC) como o ato ilícito propriamente dito (art. 186 do CC), o que depende da análise do caso concreto.

Sob outro prisma, é fundamental salientar que a *legítima defesa putativa* não exclui o dever de indenizar, conforme comenta Flávio Augusto Monteiro de Barros.[65] Na legítima defesa putativa o agente imagina que está defendendo um direito seu, o que não ocorre realmente no plano fático. A pessoa pressente um perigo que, na realidade, não existe e, por isso, age imoderadamente, o que não exclui o dever de indenizar. Segundo a jurisprudência superior, em casos tais, não há que se falar em exclusão de responsabilidade (nesse sentido, ver: STJ, REsp 513.891/RJ, Processo 2003/0032562-7, 3.ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 20.03.2007, *DJU* 16.04.2007, p. 181). Ilustrando, alguém imagina que está sendo perseguido por outro veículo e joga o seu carro sobre o do outro causando um acidente e estragos no automóvel. Evidenciando-se que não há qualquer perseguição, o caso é de legítima defesa putativa, havendo dever de reparar o prejudicado pelo ato.

O art. 930 do CC, inicialmente aplicável ao estado de necessidade e à remoção de perigo iminente, poderá ser aplicado à legítima defesa. O comando legal prevê em seu *caput* o direito de regresso em relação ao culpado pelo estado gerador do perigo. O parágrafo único do art. 930 reconhece o direito de regresso também contra aquele em defesa de quem o dano acabou sendo causado. Em outras palavras, havendo *exercício imoderado da defesa* ou *defesa putativa* e sendo o fato causado por terceiro, é reconhecido o direito de regresso do ofensor contra aquele que gerou a situação que causou o dano.

Complementando, havendo excesso nessa defesa em relação a terceiros, não estará presente a mencionada excludente de ilicitude, surgindo o dever de indenizar diante do ato praticado (*aberratio ictus*). De qualquer forma, estará assegurado o direito de regresso contra eventual culpado, seja com base no art. 930 do CC, seja com fundamento no art. 934 da mesma codificação.

4.4.2 Do estado de necessidade ou remoção de perigo iminente

Prescreve o art. 188, II, do atual Código que não constitui ato ilícito a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão à pessoa, a fim de remover perigo iminente, prestes a acontecer. Esse comando legal consagra o estado de necessidade, que merece tratamento idêntico, como se sinônimo fosse.

Em complemento, o parágrafo único do mesmo dispositivo disciplina que o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável à remoção do perigo. Em havendo excesso, mais uma vez, tanto poderá estar configurado o abuso de direito (art. 187 do CC) quanto o ato ilícito propriamente dito (art. 186 do CC).

Outros dois dispositivos do atual Código Civil são aplicáveis ao instituto, merecendo transcrição integral:

> "Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram".
>
> "Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado".

Outrora foi comentado o último comando legal, que traz o direito de regresso do agente contra o real culpado pelo evento danoso. No que concerne ao primeiro dispositivo, este expressa que agindo a pessoa em estado de necessidade (ou remoção de perigo iminente) em situação não causada por aquele que sofreu o prejuízo, permanecerá o dever de indenizar.

Vejamos um exemplo para ilustrar a aplicação desses polêmicos comandos legais. Imagine-se um caso em que uma criança grita em meio às chamas de um incêndio que atinge uma residência. Um pedestre vê a cena, arromba a porta da casa e salva a criança da morte iminente, prestes a acontecer. Nesse caso, se o dono da casa não causou o incêndio, deverá ser indenizado pelo pedestre herói (art. 929 do CC). Somente se o incêndio foi causado pelo dono do imóvel é que não haverá dever de indenizar. No primeiro caso, o herói terá direito de regresso contra o real culpado pelo incêndio (art. 930 do CC). Observa-se, com tais conclusões, que o Código Civil atual, a exemplo do seu antecessor, continua a não incentivar intervenções heroicas.

Na verdade, o art. 929 do CC representa um absurdo jurídico, pois, entre proteger a vida (a pessoa) e o patrimônio, dá prioridade a este último. Não há dúvidas de que o comando legal está em total dissonância com a atual tendência do Direito Privado, que coloca a pessoa no centro do ordenamento jurídico, pela regra constante do art. 1.º, III, da Constituição Federal.

De toda sorte, mitigando a sua aplicação, pontue-se que o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a circunstância de ter o agente atuado em estado de necessidade pode influir na fixação do valor da indenização, reduzindo o *quantum debeatur*. Nessa esteira, "a adoção da *restitutio in integrum* no âmbito da responsabilidade civil por danos, sejam materiais ou extrapatrimoniais, nos conduz à inafastabilidade do direito da vítima à reparação ou compensação do prejuízo, ainda que o agente se encontre amparado por excludentes de ilicitude, nos termos dos arts. 1.519 e 1.520 do CC/1916 (arts. 929 e 930 do CC/2002), situação que afetará apenas o valor da indenização fixado pelo critério da proporcionalidade" (STJ, REsp 1.292.141/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.12.2012, publicado no seu *Informativo* n. *513*).

4.4.3 Do exercício regular de direito ou das próprias funções

O mesmo art. 188, em seu inciso I, segunda parte, do CC, enuncia que não constitui ato ilícito o praticado no exercício regular de um direito reconhecido. Trata-se de uma das excludentes do dever de indenizar mais discutidas no âmbito da jurisprudência.

Um primeiro exemplo refere-se à inclusão do nome de devedores no *rol dos inadimplentes ou devedores*, em cadastros de natureza privada (Serasa e SPC). Por uma questão lógica, a inscrição nos casos de inadimplência constitui um exercício regular de direito do credor, conforme entendimento unânime de nossos Tribunais e dicção do art. 43 do CDC. O raciocínio serve para o protesto de título em casos de não pagamento no prazo fixado (nessa linha de conclusão: STJ, Ag. Rg. no Ag. 555.171/RS, Data da decisão: 25.05.2004, 3.ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ* 02.08.2004, p. 379). Alerte-se apenas que, antes da inscrição no cadastro de inadimplentes, deve ocorrer a comunicação ao devedor pela empresa que mantém o cadastro (Súmula 359 do STJ). A falta dessa comunicação constitui abuso de direito, gerando o dever de reparar. Em reforço, conclui-se corretamente que "nas ações de responsabilidade civil por cadastramento indevido nos registros de devedores inadimplentes realizados por instituições financeiras, a responsabilidade civil é objetiva" (Enunciado n. 553 da *VI Jornada de Direito Civil*, de 2013).

A mesma tese pode ser aplicada para o caso do condomínio que publica o número da unidade inadimplente na prestação de contas que circula entre os condôminos. No caso em questão, não há que se falar em ato ilícito, mas em exercício regular de direito se a dívida realmente existir (concluindo desse modo: 2.º TACSP, Apelação sem Revisão 646.365-00/9, 12.ª Câmara, Rel. Juiz Romeu Ricupero, j. 27.06.2002, *JTA* (*LEX*) 197/647).

Por fim, no que concerne ao *exercício regular das próprias funções*, compreendemos que esta constitui uma espécie de exercício regular de direito, eis que a pessoa tem uma incumbência legal ou administrativa de atuação. É o que ocorre com o policial quanto ao combate ao crime e no caso do bombeiro ao apagar um incêndio. Por tal conclusão, no exemplo que foi exposto, quanto ao estado de necessidade, se um bombeiro arromba uma porta para salvar a criança de um incêndio, sua situação não está enquadrada no inciso II do art. 188 do CC. Dessa forma, não se aplica o art. 929 do mesmo Código, que dispõe o seu eventual dever de indenizar. Isso porque, para o caso do bombeiro, deve subsumir o inciso I do art. 188.

4.4.4 Das excludentes de nexo de causalidade

Aqui foi exposto que o nexo de causalidade constitui o elemento imaterial da responsabilidade civil, constituído pela relação de causa e efeito entre a conduta e o dano. Também se afirmou que o nexo é formado pela culpa (na responsabilidade subjetiva), pela previsão de responsabilidade sem culpa relacionada com a conduta ou pela atividade de risco (na responsabilidade objetiva). São,

portanto, excludentes de nexo de causalidade:

a) culpa ou fato *exclusivo* da vítima;
b) culpa ou fato *exclusivo* de terceiro;
c) caso fortuito (evento totalmente imprevisível) e força maior (evento previsível, mas inevitável).

Relativamente ao caso fortuito e força maior, repise-se que há algumas exceções, vistas no capítulo anterior, como a do devedor em mora, que responde por tais ocorrências (art. 399 do CC).

4.4.5 Da cláusula de não indenizar

Considerada por parte da doutrina como uma excludente de responsabilidade, a cláusula de não indenizar constitui a previsão contratual pela qual a parte exclui totalmente a sua responsabilidade. Essa cláusula é também denominada *cláusula de irresponsabilidade* ou *cláusula excludente de responsabilidade*.

Na esteira da melhor doutrina contemporânea, a malfadada cláusula de não indenizar tem aplicação bem restrita.[66] Senão, vejamos:

1.º) A cláusula de não indenizar somente vale para os casos de responsabilidade contratual, uma vez que a responsabilidade extracontratual, por ato ilícito, envolve ordem pública. Ressalte-se que a ordem pública é ainda mais patente nas hipóteses de atos ilícitos dolosos.

2.º) A cláusula também não incide nos casos em que houver conduta dolosa do agente ou na presença de atos criminosos da parte, igualmente pela motivação na ordem pública.

3.º) Também fica em xeque a sua estipulação para a limitação ou exclusão de danos morais, que envolvem lesões a direitos da personalidade, tidos como irrenunciáveis, em regra, pela lei (art. 11 do CC).

4.º) A cláusula de irresponsabilidade é nula quando inserida em contrato de consumo, o que está expresso no art. 25 e no art. 51, I, da Lei 8.078/1990.

5.º) A citada cláusula é nula nos contratos de adesão, aplicação do art. 424 do CC ("Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio"). Ora, em regra, a parte tem direito de ser indenizada pelos prejuízos sofridos, o que decorre da regra da reparação integral dos danos (art. 944, *caput*, do CC). Tal conclusão representa aplicação do princípio da função social do contrato, em sua eficácia interna, entre as partes (art. 421 do CC).

6.º) A cláusula de não indenizar é nula no contrato de transporte (art. 734 do CC e Súmula 161 do STF).

7.º) A cláusula de não indenizar não tem validade e eficácia nos contratos de guarda em geral em que a segurança é buscada pelo contratante, constituindo a causa contratual. Cite-se de início, o contrato de depósito em cofre de banco, sendo a cláusula nula em casos tais (ver tratado de depósito de bem empenhado: STJ, REsp 1133111/PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, j. 06.10.2009, *DJe* 05.11.2009). Ainda ilustrando, no contrato de estacionamento, é nula a cláusula de irresponsabilidade, simbolizada por uma placa no local, com os dizeres: "O Estacionamento não responde pelos objetos deixados no interior do veículo". Há muito tempo o STJ já sumulou que "A empresa responde perante o cliente pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento" (Súmula 130). Todavia, mais recentemente, o

mesmo Superior Tribunal de Justiça entendeu que a empresa de estacionamento não deve responder pelo assalto à mão armada ocorrido no seu interior, constituindo tal fato um evento externo, a caracterizar o caso fortuito ou a força maior. Conforme se extrai de acórdão publicado no *Informativo* n. *521* daquela Corte, "não é possível atribuir responsabilidade civil a sociedade empresária responsável por estacionamento particular e autônomo – independente e desvinculado de agência bancária – em razão da ocorrência, nas dependências daquele estacionamento, de roubo à mão armada de valores recentemente sacados na referida agência e de outros pertences que o cliente carregava consigo no momento do crime. (...) Consequentemente, não é razoável impor à sociedade responsável pelo estacionamento o dever de garantir a segurança individual do usuário e a proteção dos bens portados por ele, sobretudo na hipótese em que ele realize operação sabidamente de risco consistente no saque de valores em agência bancária, uma vez que essas pretensas contraprestações não estariam compreendidas por contrato que abranja exclusivamente a guarda de veículo. Nesse contexto, ainda que o usuário, no seu subconsciente, possa imaginar que, parando o seu veículo em estacionamento privado, estará protegendo, além do seu veículo, também a si próprio, a responsabilidade do estabelecimento não pode ultrapassar o dever contratual de guarda do automóvel, sob pena de se extrair do instrumento consequências que vão além do contratado, com clara violação do pacta sunt servanda. Não se trata, portanto, de resguardar os interesses da parte hipossuficiente da relação de consumo, mas sim de assegurar ao consumidor apenas aquilo que ele legitimamente poderia esperar do serviço contratado. Além disso, deve-se frisar que a imposição de tamanho ônus aos estacionamentos de veículos – de serem responsáveis pela integridade física e patrimonial dos usuários – mostra-se temerária, inclusive na perspectiva dos consumidores, na medida em que a sua viabilização exigiria investimentos que certamente teriam reflexo direto no custo do serviço, que hoje já é elevado" (STJ, REsp 1.232.795/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 02.04.2013) Como se nota, o julgado ressalva a responsabilidade de estacionamento relativo à agência bancária. O presente autor entende que tal posição não afasta a nulidade da cláusula de não indenizar, mas apenas traz a conclusão de análise casuística da responsabilidade do estacionamento.

Em suma, para encerrar o presente tópico e o capítulo, a validade da cláusula de não indenizar fica restrita para a responsabilidade civil contratual, envolvendo contratos civis, paritários (aqueles que não são de adesão), que não sejam de transporte ou de guarda. Ilustre-se com uma compra e venda civil, com conteúdo plenamente discutido pelas partes.

Por fim, cabe expor uma situação em que a citada cláusula de não indenizar parece ser válida e eficaz, conforme casos concretos que foram levados a consulta a este autor em 2014. Imagine-se um contrato de prestação de serviços celebrado entre duas grandes empresas que não se configura como de consumo. O negócio foi amplamente debatido e negociado entre as partes, que limitaram as indenizações aos danos emergentes suportados por cada um, excluindo os lucros cessantes e outros eventuais danos indiretos, como perdas de contratos no futuro. Como o âmbito é da responsabilidade contratual, não estando presente um contrato de adesão, não há que se atacar a referida previsão, que está no âmbito de direitos disponíveis dos envolvidos. Ressalte-se que essas cláusulas tornaram-se comuns no Brasil nos últimos anos, especialmente no setor de fornecimento de infraestrutura para obras e construções.

1 NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 432-433.

2 MARTINS-COSTA. Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. Do Inadimplemento das Obrigações. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V, t. II, p. 97.

3 Com essa conclusão, por todos: BOULOS, Daniel M. *Abuso do direito no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006. p. 243-259.

4 FROTA, Pablo Malheiros Cunha. *Responsabilidade por danos*. Imputação e nexo de causalidade. Curitiba: Juruá, 2014. p 225.

5 FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 2, p. 45.

6 NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 255.

7 Na doutrina nacional, são partidários da tese de que a responsabilidade decorrente do abuso de direito é objetiva, entre outros: TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p 342; NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 371-372; DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 209; DUARTE, Nestor. *Código Civil comentado*. Coord. Ministro Cezar Peluso. São Paulo: Manole, 2007. p. 124; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 448; FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil*. Teoria geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 479; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 143; BOULOS, Daniel M. *Abuso do direito no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006. p. 135-143. Este autor já se filiou a esta corrente, por ocasião de um dos seus primeiros trabalhos: TARTUCE, Flávio. Considerações sobre o abuso de direito ou ato emulativo civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2004. v. 2, p. 92.

8 MEIRELES, Edilton. *Abuso do direito na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2005.

9 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 208.

10 DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 210-211.

11 AMARAL, Francisco. Os atos ilícitos. *O novo Código Civil*. Estudos em Homenagem a Miguel Reale. São Paulo: LTr, 2003. p. 162.

12 MAZZEI, Rodrigo Reis. Abuso de direito: contradição entre o § 2.º do art. 1.228 e o art. 187 do Código Civil. In: BARROSO Lucas Abreu (Org.). *Introdução crítica ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 356.

13 PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito digital*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 29.

14 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 7, p. 42.

15 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 839.

16 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 32.

17 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 41.

18 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. II, p. 28.

19 CHIRONI, G. P. La colpa nel diritto civile odierno. *Colpa contratualle*. 2. ed. Torino: Fatelli Bocca, 1925. p. 5.

20 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 59.

21 SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 31.

22 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 142.

23 Nesse sentido: DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Responsabilidade civil. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 7, p. 519; TEPEDINO, Gustavo; BODIN DE MORAES, Maria Celina; BARBOZA, Heloísa Helena. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. II, p. 836; AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria geral das obrigações. *Responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 285; SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 80; CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na*

responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 101-105; GODOY, Cláudio Luiz Bueno. *Código Civil comentado*. Coord. Ministro Cezar Peluso. São Paulo: Manole, 2007. p. 777; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2, p. 149; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. Responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: 2005. v. IV, p. 89.

[24] TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade objetiva e risco. A teoria do risco concorrente*. São Paulo: GEN/Método, 2011.

[25] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. De acordo com a Constituição de 1988. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 75.

[26] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 348-349.

[27] CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 70.

[28] TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II, p. 63-81.

[29] CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo de causalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 33-110.

[30] TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexo de causalidade. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II, p. 67.

[31] GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 176.

[32] Na jurisprudencial superior, dando tratamento igualitário para os conceitos: STJ, REsp 135.542/MS, Rel. Min. Castro Meira, 2.ª Turma, j. 19.10.2004, *DJ* 29.08.2005, p. 233.

[33] FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 1.039; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 54; DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 88-91; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 4, p. 377.

[34] FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade civil por danos*. Imputação e nexo de causalidade. Curitiba: Juruá, 2014.

[35] FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade civil por danos*. Imputação e nexo de causalidade. Curitiba: Juruá, 2014. p. 225.

[36] GUGLINSKI, Vitor Vilela. Danos morais pela perda do tempo útil: uma nova modalidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3237, 12 maio 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/21753>. Acesso em: 21 set. 2013.

[37] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Heloísa Helena. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. I, p. 130-135.

[38] MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 1. ed. 3. ti Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 190.

[39] LOPEZ, Tereza Ancona. *O dano estético*. São Paulo: RT, 1980. p. 17.

[40] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). *O Código Civil e sua interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 376.

[41] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). *O Código Civil e sua interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 376.

[42] SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006.

[43] SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2007.

[44] SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 33.

[45] Sobre o tema: ROSÁRIA, Grácia Cristina Moreira do. *Perda da chance de cura na responsabilidade civil médica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

[46] CARNAÚBA, Daniel. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. A álea e a técnica. São Paulo: GEN/Método,

2013.

[47] Sobre a revisão da ideia, veja-se: RENTERIA, Pablo. *Obrigações de meios e de resultado*. Visão crítica. São Paulo: GEN/Método, 2011 e LÔBO, Paulo. *Obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 39.

[48] Como defendido em: TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade civil objetiva e risco*. A teoria do risco concorrente. São Paulo GEN/Método, 2011, p. 164-169.

[49] TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Código Civil comentado*. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz T. da Silva. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 933-934.

[50] ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil anotado. São Paulo: Método*, 2005. p. 420.

[51] GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 97.

[52] AGUIAR, Roger Silva. *Responsabilidade civil*. A culpa, o risco e o medo. São Paulo: Atlas, 2011.

[53] DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 53-60.

[54] AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 284.

[55] TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Código Civil comentado*. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 901.

[56] ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil anotado*. São Paulo: Método, 2005. p. 401.

[57] SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 157-158.

[58] SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 223.

[59] FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

[60] Nesse sentido: CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 208.

[61] Assim concluindo: CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 208-213; VENOSA, Silvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 891-892; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Responsabilidade Civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 4, p. 192-193.

[62] Essa é opinião de: DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 637; GODOY, Cláudio Luiz Bueno. *Código Civil comentado*. Coord. Ministro Cezar Peluso. São Paulo: Manole, 2007. p. 782; CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 215-216; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 893.

[63] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 894.

[64] SIMÃO, José Fernando. Quem tem medo de dar carona? Disponível em: <www.flaviortartuce.adv.br>. Acesso em: 14 set. 2014.

[65] MONTEIRO DE BARROS, Flávio Augusto. *Manual de direito civil*. São Paulo: Método, 2005. v. 3, p. 256.

[66] Sobre o tema, por todos: GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Responsabilidade Civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3, p. 111 e PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

5

TEORIA GERAL DOS CONTRATOS

5.1 CONCEITO DE CONTRATO. DO CLÁSSICO AO CONTEMPORÂNEO. DO MODERNO AO PÓS-MODERNO

Não se pode olvidar que tão antigo como o próprio ser humano é o conceito de contrato, que nasceu a partir do momento em que as pessoas passaram a se relacionar e a viver em sociedade. A própria palavra *sociedade* traz a ideia de contrato, de composição entre as partes com uma finalidade. A feição atual do instituto vem sendo moldada desde a época romana sempre baseada na realidade social. Com as recentes inovações legislativas e com a sensível evolução da sociedade brasileira, não há como desvincular o contrato da atual realidade nacional, surgindo a necessidade de dirigir os pactos para a consecução de finalidades que atendam aos interesses da coletividade. Essa é a primeira face da *real função dos contratos*.

A respeito do conceito de contrato, o Código Civil de 2002, a exemplo do seu antecessor não

cuidou de defini-lo. Assim, é imperiosa a busca de sua categorização, para o devido estudo pelo aplicador do Direito.

De início, nota-se que o contrato é um ato jurídico bilateral, dependente de pelo menos duas declarações de vontade, cujo objetivo é a criação, a alteração ou até mesmo a extinção de direitos e deveres. Os contratos são, em suma, todos os tipos de convenções ou estipulações que possam ser criadas pelo acordo de vontades e por outros fatores acessórios.

Dentro desse contexto, o contrato é um ato jurídico em sentido amplo, em que há o elemento norteador da vontade humana que pretende um objetivo de cunho patrimonial (*ato jurígeno*); constitui um negócio jurídico por excelência. Isso justifica o apurado estudo dos elementos constitutivos do negócio jurídico, expostos no Capítulo 2 desta obra a partir da doutrina de Pontes de Miranda (*Escada Ponteana*). Para existir o contrato, seu objeto ou conteúdo deve ser lícito, não podendo contrariar o ordenamento jurídico, a boa-fé, a sua função social e econômica e os bons costumes.

Em suma, e em uma visão clássica ou moderna, o contrato pode ser conceituado como sendo um *negócio jurídico bilateral ou plurilateral que visa à criação, modificação ou extinção de direitos e deveres com conteúdo patrimonial*. Esse conceito clássico está muito próximo daquele que consta do Código Civil Italiano que, em seu art. 1.321, estipula que "il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare ou estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale" (o contrato é o acordo de duas partes ou mais, para constituir, regular ou extinguir entre elas uma relação jurídica patrimonial). Na doutrina atual, muitos doutrinadores seguem tal construção, caso de Álvaro Villaça Azevedo[1] e Maria Helena Diniz.[2]

Buscando a feição interna contratual, Maria Helena Diniz aponta dois elementos essenciais para a formação do instituto: um *estrutural*, constituído pela *alteridade* presente no conceito de negócio jurídico; e outro *funcional*, formado pela *composição de interesses* contrapostos, mas harmonizáveis.[3] Vale lembrar que a *alteridade* constitui-se pela presença de pelo menos duas pessoas quando da constituição do contrato. Justamente pela existência desses dois elementos é que seria vedada a *autocontratação*, ou *celebração de um contrato consigo mesmo*. Mas dúvidas surgem quanto a essa possibilidade, se analisado o art. 117 do Código Civil:

> "Art. 117. Salvo se o permitir a lei ou o representado, é anulável o negócio jurídico que o representante, no seu interesse ou por conta de outrem, celebrar consigo mesmo. Parágrafo único. Para esse efeito, tem-se como celebrado pelo representante o negócio realizado por aquele em quem os poderes houverem sido substabelecidos."

De acordo com o dispositivo em questão é possível a outorga de poderes para que a pessoa que representa outrem celebre um contrato consigo mesmo, no caso, um *mandato em causa própria* (*mandato com cláusula in rem propriam* ou *in rem suam*). Não estando presente essa autorização ou havendo proibição legal, o *mandato em causa própria* é anulável. A regra ainda merece aplicação

em casos de substabelecimento (cessão parcial do mandato), conforme o seu parágrafo único.

No tocante ao prazo para ingressar com a ação anulatória, filiamo-nos ao entendimento pelo qual deve ser aplicado o art. 179 do CC, que traz um prazo geral de dois anos para tanto, contados da constituição do negócio, para constituir negativamente o ato eivado de vício.

A grande dúvida que surge desse dispositivo é se ele traz ou não uma hipótese de *autocontratação perfeita*, em que não há a referida *alteridade*. Para este autor, a resposta é negativa. Para ilustrar, imagine um caso em que *A* outorga poderes para *B* vender um imóvel, com a autorização para que o último venda o bem para si mesmo. Celebrado esse negócio, haveria uma autocontratação, pelo menos aparentemente. Mas é interessante perceber que a *alteridade* continua presente, na outorga de poderes para que o segundo negócio seja celebrado. Desse modo, *não há uma autocontratação perfeita, sem alteridade*, na figura referenciada no art. 117 do CC. O elemento destacado, a presença de duas pessoas, continua sendo essencial para a validade de todo e qualquer contrato.

Superada essa questão, ainda sobre o conceito clássico, exige-se um conteúdo patrimonial, ou a *patrimonialidade*, como afirmam italianos. Nessa visão, o casamento, por exemplo, não seria um contrato, eis que o seu conteúdo é mais do que patrimonial, é afetivo, visando a uma comunhão plena de vida, como se extrai do art. 1.511 do CC.

Pois bem, diante das profundas alterações estruturais e funcionais pelas quais vem passando o instituto, alguns juristas, como Paulo Nalin, propõem um conceito pós-moderno ou contemporâneo de contrato. Para o doutrinador paranaense, o contrato constitui "a relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros".[4] O conceito é importante, explicando muito bem o fenômeno atual, pelos seguintes aspectos:

1.º) O contrato está amparado em valores constitucionais, sobretudo na solidariedade social (art. 3.º, I, da CF/1988). A premissa tem relação direta com a *escola* do Direito Civil Constitucional, que prega a análise dos institutos civis a partir do Texto Maior. Por esse caminho metodológico, os princípios contratuais, caso da boa-fé objetiva e da função social do contrato, amparam-se em princípios constitucionais.

2.º) O contrato pode envolver um conteúdo existencial, relativo a direitos da personalidade. Cite-se a exploração patrimonial de imagem de um atleta profissional. Em reforço, pode ser mencionado o contrato celebrado entre uma emissora de televisão e o participante de programa de realidade (*reality show*). Aliás, a proteção dos direitos da personalidade e da dignidade humana no contrato tem relação direta com a função social do contrato, conforme reconhece o Enunciado n. 23 do CJF/STJ, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*: "a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana".

3.º) O contrato pode gerar efeitos perante terceiros, sendo essa, justamente, a feição da *eficácia externa da função social dos contratos*, como será estudado adiante.

A encerrar a presente seção inaugural do capítulo, deve ficar claro que o *instituto contrato não*

se confunde com o instrumento contrato. Existem institutos que são instrumentalizados por contratos, mas não assumem a feição do instituto. Podem ser citados, para ilustrar, o penhor e a hipoteca, que não são contratos como institutos, mas direitos reais (art. 1.225, VIII e IX, do CC).

5.2 PRINCIPAIS CLASSIFICAÇÕES CONTRATUAIS

Buscar a natureza jurídica de um determinado contrato é procurar classificá-lo dentre as mais diversas formas e espécies possíveis (*categorização jurídica*). A matéria interessa muito quando são estudados os contratos em espécie. Diante dessa fulcral importância, serão analisadas a partir de então, à luz da melhor doutrina, as principais classificações contratuais.

5.2.1 Quanto aos direitos e deveres das partes envolvidas

De início ressalte-se que o negócio jurídico pode ser unilateral, bilateral ou plurilateral. *O contrato é sempre negócio jurídico bilateral ou plurilateral, eis que envolve pelo menos duas pessoas (alteridade)*. No entanto, o contrato também pode ser classificado como *unilateral*, *bilateral* ou *plurilateral*:

a) *Contrato unilateral* – é aquele em que apenas um dos contratantes assume deveres em face do outro. É o que ocorre na doação pura e simples: há duas vontades (a do doador e a do donatário), mas do concurso de vontades surgem deveres apenas para o doador; o donatário apenas auferirá vantagens. Também são exemplos de contratos unilaterais o mútuo (empréstimo de bem fungível para consumo) e o comodato (empréstimo de bem infungível para uso). Percebe-se que nos contratos unilaterais, apesar da presença de duas vontades, apenas uma delas será devedora, não havendo contraprestação.

b) *Contrato bilateral* – os contratantes são simultânea e reciprocamente credores e devedores uns dos outros, produzindo o negócio direitos e deveres para ambos os envolvidos, de forma proporcional. O contrato bilateral é também denominado *contrato sinalagmático*, pela presença do *sinalagma*, que é a proporcionalidade das prestações, eis que as partes têm direitos e deveres entre si (*relação obrigacional complexa*). Exemplos: compra e venda e locação.

c) *Contrato plurilateral* – envolve várias pessoas, trazendo direitos e deveres para todos os envolvidos, na mesma proporção. Exemplos: seguro de vida em grupo e o consórcio.

5.2.2 Quanto ao sacrifício patrimonial das partes

a) *Contrato oneroso* – aquele que traz vantagem para ambos os contratantes, pois estes sofrem o mencionado sacrifício patrimonial (ideia de *proveito alcançado*). Ambas as partes assumem deveres obrigacionais, havendo um direito subjetivo de exigi-lo. Há uma prestação e uma contraprestação. Exemplo: compra e venda.

b) *Contrato gratuito ou benéfico* – aquele que onera somente uma das partes, proporcionando à outra uma vantagem sem qualquer contraprestação. Deve ser observada a norma do art. 114 do CC, que enuncia a interpretação restritiva dos negócios benéficos. Exemplo: doação pura ou simples.

Observação – Como decorrência lógica da estrutura contratual, em regra, o contrato oneroso é bilateral, e o gratuito é unilateral. Mas pode haver exceção, como é o caso do contrato de mútuo de dinheiro sujeito a juros (*mútuo feneratício*) pelo qual além da obrigação de restituir a quantia emprestada (contrato unilateral), devem ser pagos os juros (contrato oneroso).

5.2.3 Quanto ao momento do aperfeiçoamento do contrato

a) C*ontrato consensual* – aquele que tem aperfeiçoamento pela simples manifestação de vontade das partes envolvidas. Exemplos: compra e venda, a doação, a locação, o mandato, entre outros.

b) *Contrato real* – apenas se aperfeiçoa com a entrega da coisa (*traditio rei*), de um contratante para o outro. Exemplos: comodato, mútuo, contrato estimatório e depósito. Nessas figuras contratuais, antes da entrega da coisa tem-se apenas uma promessa de contratar e não um contrato perfeito e acabado.

Observação – Não se pode confundir o aperfeiçoamento do contrato (plano da validade) com o seu cumprimento (plano da eficácia). A compra e venda gera efeitos a partir do momento em que as partes convencionam sobre a coisa e o seu preço (art. 482 do CC). No caso da compra e venda de imóveis, o registro mantém relação com a aquisição da propriedade do negócio decorrente, o mesmo valendo para a tradição nos casos envolvendo bens móveis. Utilizando a *Escada Ponteana*, o registro e a tradição estão no *plano da eficácia* desse contrato. No que concerne à tradição, é melhor dizer que está, *em regra*, no plano da eficácia. Isso porque, no caso dos contratos reais, a entrega da coisa está no plano da validade.

5.2.4 Quanto aos riscos que envolvem a prestação

a) *Contrato comutativo* – aquele em que as partes já sabem quais são as prestações, ou seja, essas são conhecidas ou pré-estimadas. A compra e venda, por exemplo, é, em regra, um *contrato comutativo*, pois o vendedor sabe qual o preço a ser pago e o comprador qual é a coisa a ser entregue. Também é contrato comutativo o contrato de locação, pois as partes sabem o que será cedido e qual o valor do aluguel.

b) *Contrato aleatório* – a prestação de uma das partes não é conhecida com exatidão no momento da celebração do negócio jurídico pelo fato de depender da sorte, da *álea*, que é um fator desconhecido. O Código Civil de 2002 trata dos contratos aleatórios nos arts. 458 a 461. Alguns negócios são aleatórios devido à sua própria natureza, caso dos contratos de seguro e de jogo e aposta. Em outros casos, contudo, o contrato é aleatório em virtude da existência de um elemento acidental, que torna a coisa ou o objeto incerto quanto à sua existência ou quantidade, como ocorre na compra e venda de uma colheita futura. O CC/2002 consagra duas formas básicas de contratos aleatórios:

   b1) Contrato aleatório emptio spei – um dos contratantes toma para si o risco relativo à própria existência da coisa, sendo ajustado um determinado preço, que será devido integralmente, mesmo que a coisa não exista no futuro, desde que não haja dolo ou culpa da outra parte (art. 458 do CC). O risco é maior. No caso de compra e venda, essa forma negocial pode ser denominada *venda da esperança*.

   b2) Contrato aleatório emptio rei speratae – se o risco versar somente em relação à quantidade da coisa comprada, pois foi fixado pelas partes um mínimo como objeto do negócio (art. 459 do CC). Nesse contrato o risco, apesar de existente, é menor. Em casos tais, a parte terá direito a todo o preço, desde que de sua parte não tenha concorrido com culpa, ainda que a coisa venha a existir em quantidade inferior à esperada. Mas, se a coisa não vier a existir, alienação não haverá, e o alienante deverá devolver o preço recebido (art. 459, parágrafo único, do Código Civil). Na compra e venda trata-se da *venda da esperança com coisa esperada*.

5.2.5 Quanto à previsão legal

a) *Contrato típico* – aquele com uma previsão legal mínima, ou seja, com um *estatuto legal suficiente*. Exemplos: compra e venda, doação, locação, prestação de serviço, empreitada, mútuo, comodato (contratos tipificados pelo Código Civil de 2002, objeto do presente capítulo).

b) *Contrato atípico* – não há uma previsão legal mínima, como ocorre com o contrato de garagem ou estacionamento. O art. 4: do CC dispõe que é lícita a criação de contratos atípicos, desde que observados os preceitos gerais da codificação privada, caso dos princípios da função social do contrato (art. 421 do CC) e da boa-fé objetiva. O dispositivo está inspirado na obra de Álvaro Villaça Azevedo, que buscou criar a *teoria geral dos contratos atípicos*.[5]

> Observação – Alguns doutrinadores apontam que a expressão *contratos atípicos* seria sinônima de *contratos inominados*, enquanto a expressão *contratos típicos* seria sinônima de *contratos nominados*.[6] Entretanto, apesar de respeitar esse posicionamento, entendemos ser mais pertinente utilizar a expressão que consta da lei, qual seja, a do art. 425 do CC. Na verdade, existem sim diferenças entre os conceitos expostos como sinônimos. As expressões *contratos nominados e inominados* devem ser utilizadas quando o nome da figura negocial constar ou não em lei. Por outra via, os termos *contratos típicos e atípicos* servem para apontar se o contrato tem ou não um tratamento legal mínimo. Ilustrando, o art. 1.º, parágrafo único, da Lei de Locação (Lei 8.245/1991) ao prever as hipóteses de sua não aplicação, faz menção ao *contrato de garagem* ou *estacionamento*, nos seguintes termos: "Continuam regulados pelo Código Civil e pelas leis especiais: a) as locações: (...) 2. das vagas autônomas de garagem ou de espaços de estacionamento de veículos". Pois bem, percebe-se que o contrato de garagem ou estacionamento é *nominado*, pois o seu nome consta em lei. Todavia, como não há uma previsão legal mínima, trata-se de um contrato *atípico*. Concluindo, o contrato em questão é *nominado e atípico*.

5.2.6 Quanto à negociação do conteúdo pelas partes. Contrato de adesão *x* contrato de consumo

a) *Contrato de adesão* – aquele em que uma parte, o estipulante, impõe o conteúdo negocial, restando à outra parte, o aderente duas opções: aceitar ou não o conteúdo desse negócio. Na opinião deste autor, o conceito deve ser visto em sentido amplo, de modo a englobar todas as figuras negociais em que as cláusulas são preestabelecidas ou predispostas, caso do *contrato-tipo* e do *contrato formulário*, figuras negocias em que as cláusulas são predeterminadas até por um terceiro. Esses contratos até são comercializados, em alguns casos. A título de exemplo, podem ser citados os contratos de locação de imóvel vendidos em papelarias. O Código de Defesa do Consumidor cuidou de definir o contrato de adesão no seu art. 54: "contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo". De toda sorte, como se verá a seguir, o contrato de adesão não necessariamente será de consumo. Destaque-se que o Código Civil de 2002 protege o aderente como vulnerável em dois dispositivos, que ainda serão estudados (arts. 423 e 424).

b) *Contrato paritário ou negociado* – aquele em que o conteúdo é plenamente discutido entre as partes, o que constitui rarida no atual momento contratual.

> Observação – Não se pode confundir o contrato de consumo com o contrato de adesão, conforme consta do Enunciado n. 171 do CJF/STJ, aprovado na *III Jornada de Direito Civil*, por proposição deste autor. Na categorização do contrato de adesão, leva-se em conta a forma de celebração do negócio. Por outra via, o conceito de contrato de consumo é retirado dos

arts. 2.º e 3.º da Lei 8.078/1990. Assim, *o contrato de consumo pode ser conceituado como sendo aquele em que alguém, um profissional, fornece um produto ou presta serviço a um destinatário final – fático e econômico –, denominado consumidor, mediante remuneração direta ou vantagens indiretas. Em suma* , nem todo contrato de consumo é de adesão. Ademais, nem todo contrato de adesão é de consumo. De início, exemplifica-se com uma situação em que uma pessoa adquire um tapete. Ela vai até uma loja especializada e discute todos os termos do contrato, *barganhando* o preço e impondo até mesmo a data de entrega, celebrando para tanto um instrumento sob a forma escrita. Essa pessoa é consumidora, uma vez que é destinatária final, fática e econômica, do tapete; mas o contrato assumiu a forma paritária aplicando-se todo o Código Consumerista, com exceção do que consta do seu art. 54. Partindo para outro exemplo, da situação oposta, vejamos o caso de um contrato de *franchising* ou franquia. O franqueado recebe toda a estrutura do franqueador que cede, inclusive, o direito de utilização da marca. Observa-se que o franqueado recebe toda essa estrutura não como destinatário final, mas para repassá-la aos consumidores finais, que irão adquirir seus produtos ou serviços. O franqueado não é destinatário final econômico do serviço prestado, pois dele retira o seu lucro. Desse modo, o contrato não assume a forma de contrato de consumo, mas, na prática, é contrato de adesão, eis que o franqueador impõe todo o conteúdo do pacto, na grande maioria das vezes.

5.2.7 Quanto à presença de formalidades ou solenidades

Forçoso repisar a diferenciação entre forma e solenidade. *Forma é gênero*, ou seja, qualquer formalidade, caso da forma escrita. *Solenidade é espécie*, querendo significar o ato público, caso da escritura pública, lavrada no Tabelionato de Notas.[7] Feito esse esclarecimento, vejamos as quatro possibilidades de categorias:

a) *Contrato formal* – aquele que exige qualquer formalidade, caso da forma escrita. Exemplo: o contrato de fiança deve ser celebrado por escrito (art. 819 do CC).

b) *Contrato informal* – não exige qualquer formalidade, constituindo regra geral pelo sistema civil brasileiro, pelo que consta do art. 107 do CC, que consagra o princípio da liberdade das formas. Exemplo: prestação de serviço.

c) *Contrato solene* – aquele que exige solenidade pública. O art. 108 do CC enuncia que a escritura pública somente é necessá para os negócios de alienação de imóvel com valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País. Ilustrando, em havendo compra e venda de imóvel com valor superior a tal parâmetro, necessária a escritura pública (contrato solene e formal). Se o imóvel tiver valor inferior, dispensa-se a escritura, mas é fundamental a forma escrita, para o registro (contrato não solene, mas formal).

d) *Contrato não solene* – Não há necessidade de se lavrar a escritura pública em Tabelionato de Notas, como no último exemp citado.

5.2.8 Quanto à independência contratual. Os contratos coligados ou conexos

a) *Contrato principal ou independente* – existe por si só, não havendo qualquer relação de dependência em relação ao outro pacto. Como exemplo, pode ser citado o contrato de locação de imóvel urbano, regido pela Lei 8.245/1991.

b) *Contrato acessório* – aquele cuja validade depende de um outro negócio, o contrato principal. O exemplo típico é o contrato fiança, que depende de outro, como, por exemplo, de um contrato de locação de imóvel urbano. Diante do *princípio da gravitação jurídica*, pelo qual *o acessório segue o principal*, tudo o que ocorre no contrato principal repercute no acessório. Desse modo, sendo nulo o contrato principal, nulo será o acessório; sendo anulável o principal o mesmo ocorrerá

com o acessório; ocorrendo prescrição da dívida do contrato principal, o contrato acessório estará extinto; e assim sucessivamente. Todavia, deve ficar claro que o que ocorre no contrato acessório não repercute no principal. Assim sendo, *a nulidade do contrato acessório não gera a nulidade do contrato principal*; a anulabilidade do contrato acessório não gera a nulidade relativa do principal e assim de forma sucessiva. A conclusão é retirada do art. 184 do CC, segundo o qual "Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal".

Conceito de grande importância para o Direito Civil contemporâneo é o de *contratos coligados*, situação que, em regra, existe uma independência entre os negócios jurídicos cujos efeitos estão interligados. Carlos Roberto Gonçalves, citando a melhor doutrina portuguesa, conceitua-os muito bem:

> "Contratos coligados são, pois, os que embora distintos, estão ligados por uma cláusula acessória, implícita ou explícita. Ou, no dizer de Almeida Costa, são os que se encontram ligados por um nexo funcional, podendo essa dependência ser bilateral (vende o automóvel e a gasolina); unilateral (compra o automóvel e arrenda a garagem, ficando o arrendamento subordinado à compra e venda); alternativa (compra a casa na praia ou, se não for para lá transferido, loca-a para veraneio). Mantém-se a individualidade dos contratos, mas 'as vicissitudes de um podem influir sobre o outro'."[8]

Do conceito e dos exemplos citados percebe-se que há certa independência nos *contratos coligados*, mas há também dependência justamente na união parcial, no elo que os liga. O negócio jurídico em questão é, portanto, intermediário entre os contratos principais e acessórios. Ruy Rosado de Aguiar também esclarece nesse sentido: "Também aqui é possível que os figurantes fujam do figurino comum e enlacem diversas convenções singulares (ou simples) num vínculo de dependência, acessoriedade, subordinação ou causalidade, reunindo-as ou coligando-as de modo tal que as vicissitudes de um possam influir sobre o outro".[9] Essa natureza híbrida foi reconhecida por nossos Tribunais, inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça. Em uma primeira situação, o STJ entendeu que o inadimplemento de um determinado contrato pode gerar a extinção de outro, diante de uma relação de interdependência:

> "Resolução do contrato. Contratos coligados. Inadimplemento de um deles. Celebrados dois contratos coligados, um principal e outro secundário, o primeiro tendo por objeto um lote com casa de moradia, e o segundo versando sobre dois lotes contíguos, para área de lazer, a falta de pagamento integral do preço desse segundo contrato pode levar à sua resolução, conservando-se o principal, cujo preço foi integralmente pago. Recurso não conhecido" (STJ, REsp 337.040/AM (200100917401), 441.929 Recurso Especial, Data da decisão: 02.05.2002, 4.ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJ* 01.07.2002, p. 347, *RDR*, vol. 27, p. 429, *RJADCOAS*, vol. 43, p. 26).

Em outro caso envolvendo contratos coligados, o mesmo Tribunal Superior entendeu que o contrato de trabalho entre clube e atleta profissional seria o negócio principal, sendo o contrato de exploração de imagem o negócio jurídico acessório. Essa interpretação foi importante para fixar a

competência para apreciar a lide envolvendo o pacto, no caso da Justiça do Trabalho:

> "Conflito de competência. Clube esportivo. Jogador de futebol. Contrato de trabalho. Contrato de imagem. Celebrados contratos coligados, para prestação de serviço como atleta e para uso da imagem, o contrato principal é o de trabalho, portanto, a demanda surgida entre as partes deve ser resolvida na Justiça do Trabalho. Conflito conhecido e declarada a competência da Justiça Trabalhista" (STJ, CC 34.504/SP (200200130906), 490.339 Conflito de Competência, Data da decisão: 12.03.2003, 2.ª Seção, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ acórdão Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJ* 16.06.2003, p. 256, *RDDP*, vol. 5, p. 211, *RDR*, vol. 27, p. 252).

Para encerrar o estudo do tema, entre os civilistas da nova geração, Carlos Nelson Konder procura relacionar a realidade dos *contratos coligados* ou *conexos* à função social e à causa do contrato. São suas palavras: "O conceito de contratos conexos é bastante abrangente e pode ser descrito – mas não definido – pela utilização de uma pluralidade de negócios para a realização de uma mesma operação econômica".[10] Ensina o jovem doutrinador fluminense que na Itália utiliza-se a expressão *coligação contratual*; na França, *grupos de contratos*; na Argentina, *redes contratuais*, conceito desenvolvido por Ricardo Lorenzetti. Conclui-se que os contratos coligados ou conexos constituem realidade de grande importância atual para a teoria geral dos contratos. A demonstrar a importância do tema, na *V Jornada de Direito Civil* aprovou-se o seguinte enunciado: "Os contratos coligados devem ser interpretados segundo os critérios hermenêuticos do Código Civil, em especial dos arts. 112 e 113, considerada a sua conexão funcional" (Enunciado n. 421).

5.2.9 Quanto ao momento do cumprimento

a) *Contrato instantâneo ou de execução imediata* – aquele que tem aperfeiçoamento e cumprimento de imediato, caso de un compra e venda à vista.

b) *Contrato de execução diferida* – tem o cumprimento previsto de uma vez só no futuro. Exemplo: compra e venda pactuada com pagamento por cheque pré ou pós-datado.

c) *Contrato de execução continuada ou de trato sucessivo* – tem o cumprimento previsto de forma sucessiva ou periódica n tempo. É o caso de uma compra e venda cujo pagamento deva ser feito por meio de boleto bancário, com periodicidade mensal, quinzenal, bimestral, trimestral ou qualquer outra forma sucessiva. Exemplos: locação e financiamentos em geral.

5.2.10 Quanto à pessoalidade

a) C*ontratos pessoal, personalíssimos* ou *intuitu personae* – aqueles em que a pessoa do contratante é elemento determinan de sua conclusão. Tal contrato não pode ser transmitido por ato *inter vivos* ou *mortis causa*, ou seja, pelo falecimento da parte. Exemplo: contrato de fiança, uma vez que a condição de fiador não se transmite aos herdeiros, mas somente as obrigações vencidas e não pagas enquanto era vivo o fiador e até os limites da herança (art. 836 do CC).

b) *Contrato impessoal* – aquele em que a pessoa do contratante não é juridicamente relevante para a conclusão do negócio. Exemplo: compra e venda, hipótese em que a causa do contrato está relacionada com a transmissão do domínio.

5.2.11 Quanto à definitividade do negócio

a) *Contrato preliminar ou pré-contrato* (*pactum de contrahendo*) – negócio que tende à celebração de outro no futuro. Exemplo: compromisso de compra e venda de imóvel. O instituto está tratado entre os arts. 462 e 466 do CC, merecendo estudo detalhado mais à frente.
b) *Contrato definitivo* – não têm qualquer dependência futura, no aspecto temporal. Exemplo: compra e venda de um imóvel.

5.3 PRINCÍPIOS CONTRATUAIS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

5.3.1 Primeiras palavras

É notório que os princípios assumem um papel de grande importância na atual codificação privada brasileira. Atualmente, é até comum afirmar que o Código Civil de 2002 é um *Código de Princípios*, tão grande a sua presença na codificação vigente. Além disso, não se pode esquecer da grande importância assumida pelos princípios constitucionais em nosso ordenamento jurídico, nos termos do que prega a escola do Direito Civil Constitucional, capitaneada por Gustavo Tepedino, Luiz Edson Fachin, Paulo Lôbo, entre outros.

Nesse sentido, repise-se que os princípios são regramentos básicos aplicáveis a um determinado instituto jurídico, no caso em questão, aos contratos. Os princípios são abstraídos das normas, dos costumes, da doutrina, da jurisprudência e de aspectos políticos, econômicos e sociais. Os princípios podem estar expressos na norma, mas não necessariamente. Mencione-se o princípio da função social dos contratos, que é expresso no Código Civil (arts. 421 e 2.035, parágrafo único), mas implícito ao Código de Defesa do Consumidor e à CLT, normas que protegem o vulnerável da relação contratual. No caso da Lei 8.078/1990, a função social dos contratos pode ser retirada de vários dos seus dispositivos, caso dos arts. 46, 47, 51, 52, 53, entre outros.

Não se pode esquecer da grande importância do Código de Defesa do Consumidor para os contratos, uma vez que a grande maioria dos negócios jurídicos patrimoniais é de consumo, e está enquadrada nos arts. 2.º e 3.º da Lei 8.078/1990. Isso justifica a busca do *diálogo das fontes* entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor no que tange aos contratos.

Por esse caminho metodológico e científico, é possível aplicar a determinado contrato tanto o CDC quanto o CC ao mesmo tempo, desde que isso não prejudique o consumidor vulnerável. Desse modo, é de se concordar plenamente com a apregoada *aproximação principiológica* entre as duas leis, o que gera adesão imediata à teoria do *diálogo das fontes*, que decorre substancialmente dos princípios sociais contratuais encampados pela nova codificação, quais sejam a *função social dos contratos* e *a boa-fé objetiva*. Nessa linha, é a redação do Enunciado n. 167 do CJF/STJ, da *III Jornada de Direito Civil:* “Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação

principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor, no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos".

Além dessa interação entre as duas leis, é preciso interagir com a Constituição Federal no que tange aos contratos. Por isso, não serão esquecidos no presente capítulo os princípios do *Direito Civil Constitucional*, que não só podem como devem ser aplicados aos contratos. Esses princípios são a valorização da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CF/1988), a solidariedade social (art. 3.º, I, da CF/1988) e a igualdade *lato sensu* ou isonomia (art. 5.º, *caput*, da CF/1988). Tal realidade interpretativa pode ser notada na jurisprudência nacional. De início, transcreve-se decisão do Tribunal de Minas Gerais, que trouxe essa interação em questão envolvendo o contrato de aquisição da casa própria:

> "Direito Civil Constitucional. Revisão de contrato de financiamento para aquisição de casa própria. Possibilidade. Inteligência do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Função social do juiz. O pedido de revisão contratual encontra amparo no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, nos direitos sociais da moradia e da habitação, na finalidade institucional e social da COHAB e no objeto do contrato. A alegação de que a revisão do contrato, nos termos definidos pela sentença recorrida, macula o Decreto-Lei 2.164/84 e a Lei 8.004/90, não procede, pois as referidas Leis devem ser interpretadas em conformidade com a Constituição da República. Como bem acentua o Ministro Luiz Fux, do Superior Tribunal de Justiça, 'não se pode fazer uma aplicação da legislação infraconstitucional sem passar pelos princípios constitucionais, dentre os quais sobressai o da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República e um dos primeiros que vem prestigiado na Constituição Federal'. A impossibilidade de revisão do contrato, como forma de compelir o mutuário ao pagamento de um financiamento que lhe retira praticamente toda renda, extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula pétrea de respeito à dignidade humana. A Constituição da República impõe que a relação contratual entre mutuário e mutuante seja equilibrada, pois, somente dessa maneira o direito social à moradia e à habitação e o princípio fundamental da dignidade humana e da democracia econômica e social serão efetivados. Qualquer conclusão diversa a esta, que impeça a revisão contratual, será desarrazoada e, portanto, ofensiva ao devido processo legal substantivo, visto contrariar os objetivos da legislação constitucional e infraconstitucional aplicáveis ao direito social, à moradia e à habitação" (TJMG, Acórdão 1.0105.02.052901-9/001, Governador Valadares, 5.ª Câmara Cível, Rel.ª Des.ª Maria Elza de Campos Zettel, j. 05.08.2004, *DJMG* 24.08.2004).

Do mesmo modo com conteúdo bem interessante, fazendo menção ao Direito Civil Constitucional em sua ementa, transcreve-se acórdão do Tribunal da Bahia, relativo a contrato de plano de saúde:

> "Consumidor. Contrato de seguro saúde. Reembolso integral. Possibilidade. Teoria geral dos contratos e mitigação ao *pacta sunt servanda*. Prevalência do CDC, normas imperativas de ordem pública e interesse social. Nova ordem social instituída na vigência do CC/2002. Direito Civil Constitucional. Interpretação mais favorável ao consumidor. Art. 47, do CDC. Sacrifício insustentável sem o devido custo social. Finalidade lucrativa a todo custo. Inadequação. Abusividade. Função social do contrato. Prevalência da dignidade da pessoa humana. Caso de urgência. Recurso conhecido e improvido. Sentença mantida pelos seus próprios fundamentos. 1. O valor do reembolso de despesas médicas deve corresponder ao valor despendido pelo segurado e efetivamente comprovado nos autos, não prevalecendo o valor estipulado no contrato, pois o princípio *pacta sunt servanda* cede às normas cogentes do CDC e princípios fundamentais que fixam as diretrizes do CCB/02, estruturado na eticidade, socialidade e operabilidade (concretude). 2. O mínimo de boa-fé contratual que se espera consiste na informação adequada e transparente sobre os serviços a serem prestados, bem como a observância de deveres

anexos de conduta tais como honestidade, transparência, proteção e cooperação também na fase de execução do contrato. Art. 422, do CCB/02" (TJBA, Recurso 71398-8/2007-1, 5.ª Turma Recursal, Rel.ª Juíza Sandra Inês Moraes Rusciolelli Azevedo, *DJBA* 28.07.2009).

Como se extrai das decisões, os princípios constitucionais servem de parâmetro para o preenchimento dos princípios sociais que constam do Código Civil de 2002. Outros exemplos dessa premissa de diálogo ainda serão colacionados.

Pois bem, a partir do presente momento serão estudados os princípios contratuais, o que representa o ponto de maior importância do *Direito Contratual Contemporâneo Brasileiro*, particularmente pelas inúmeras repercussões práticas que surgem do seu estudo. Os princípios que aqui serão abordados são os seguintes:

- Princípio da autonomia privada.
- Princípio da função social dos contratos.
- Princípio da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*).
- Princípio da boa-fé objetiva.
- Princípio da relatividade dos efeitos contratuais.

Passa-se então ao estudo dos princípios contratuais, o que é fundamental para o conhecimento do aplicador e estudioso do Direito Civil contemporâneo.

5.3.2 Princípio da autonomia privada

O contrato, como é cediço, está situado no âmbito dos direitos pessoais, sendo inafastável a grande importância da vontade sobre o instituto, eis que se trata do negócio jurídico por excelência. Entre os clássicos, leciona Carvalho de Mendonça que o domínio da vontade dos contratantes foi uma conquista advinda de um lento processo histórico, culminando com o "respeito à palavra dada", principal herança dos contratos romanos e expressão propulsora da ideia central de contrato como fonte obrigacional.[11] Interessante visualizar, aqui, aquela velha diferenciação clássica entre a *liberdade de contratar* e a *liberdade contratual*, objetivando uma melhor compreensão da matéria.

Inicialmente, percebe-se no mundo negocial plena liberdade para a celebração dos pactos e avenças com determinadas pessoas, sendo o direito à contratação inerente à própria concepção da pessoa humana, um direito existencial da personalidade advindo do princípio da liberdade. Essa é a *liberdade de contratar*. Em um primeiro momento, a *liberdade de contratar* está relacionada com a escolha da pessoa ou das pessoas com quem o negócio será celebrado, sendo uma liberdade plena, em regra.

Entretanto, em alguns casos, nítidas são as limitações à carga volitiva, eis que não se pode, por exemplo, contratar com o Poder Público se não houver autorização para tanto. Como limitação da liberdade de contratar, pode ser citado o art. 497 do CC, que veda a compra e venda de bens confiados à administração em algumas situações.

Em outro plano, a autonomia da pessoa pode estar relacionada com o conteúdo do negócio jurídico, ponto em que residem limitações ainda maiores à liberdade da pessoa humana. Trata-se, portanto, da *liberdade contratual*. Conforme será exposto, há muito tempo os sujeitos do direito vêm encontrando limitações ao seu modo de viver, inclusive para as disposições contratuais, eis que o velho modelo individualista de contrato encontra-se superado.

Dessa dupla liberdade da pessoa, sujeito contratual, é que decorre a autonomia privada, que constitui a liberdade que a pessoa tem para regular os próprios interesses. De qualquer forma, que fique claro que essa autonomia não é absoluta, encontrando limitações em normas de ordem pública e nos princípios sociais.

Este autor filia-se à parcela da doutrina que propõe a substituição do velho e superado *princípio da autonomia da vontade* pelo *princípio da autonomia privada*, o que leva ao caminho sem volta da adoção do *princípio da função social dos contratos*. A existência dessa substituição é indeclinável, pois, nos dizeres de Fernando Noronha "foi precisamente em consequência da revisão a que foram submetidos o liberalismo econômico e, sobretudo, as concepções voluntaristas do negócio jurídico, que se passou a falar em autonomia privada, de preferência à mais antiga autonomia da vontade. E, realmente, se a antiga autonomia da vontade, com o conteúdo que lhe era atribuído, era passível de críticas, já a autonomia privada é noção não só com sólidos fundamentos, como extremamente importante".[12]

Passa-se especificamente a expor sobre o princípio da autonomia privada, seu conceito e sua natureza jurídica, demonstrando de forma detalhada as razões da referida substituição.

Entre os italianos, Enzo Roppo foi quem melhor compreendeu os elementos que conduzem à formação do contrato. Para esse doutrinador, "a autonomia e a liberdade dos sujeitos privados em relação à escolha do tipo contratual, embora afirmada, em linha de princípio, pelo art. 1.322.º c. 2 Cód. Civ. estão, na realidade, bem longe de ser tomadas como absolutas, encontrando, pelo contrário, limites não descuráveis no sistema de direito positivo".[13] Reconhece Roppo a existência de claras restrições à vontade manifestada nos negócios. Primeiro percebe-se uma limitação sobre a própria liberdade de celebrar ou não o contrato. Em outras ocasiões, sinaliza o grande jurista italiano que as limitações são também subjetivas, pois se referem às pessoas com quem as avenças são celebradas.

Entre os autores nacionais, quem observou muito bem o significado do princípio da autonomia privada foi Francisco Amaral, sendo interessante transcrever as suas palavras:

> "A autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações que participam, estabelecendo-lhe o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica. Sinônimo de autonomia da vontade para grande parte da doutrina contemporânea, com ela porém não se confunde, existindo entre ambas sensível diferença. A expressão 'autonomia da vontade' tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real".[14]

Essa diferenciação entre autonomia da vontade e autonomia privada é precisa, reforçando a tese da superação da primeira. Ora, não há dúvida de que a vontade perdeu a importância que exercia no passado para a formação dos contratos. Outros critérios entram em cena para a concretização prática do instituto. Concluindo, à luz da *personalização do Direito Privado*, pode-se afirmar, na esteira da melhor doutrina espanhola que a *autonomia não é da vontade, mas da pessoa humana*.[15]

Não se pode esquecer que o principal campo de atuação do princípio da autonomia privada é o patrimonial, onde se situam os contratos como ponto central do Direito Privado. Esse princípio traz limitações claras, principalmente relacionadas com a formação e reconhecimento da validade dos negócios jurídicos. A eficácia social pode ser apontada como uma dessas limitações, havendo clara relação entre o preceito aqui estudado e o princípio da função social dos contratos. Porém, é interessante deixar claro que a função social não elimina totalmente a autonomia privada ou a liberdade contratual, mas apenas atenua ou reduz o alcance desse princípio. Esse é o teor citado do Enunciado n. 23 do CJF/STJ, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, um dos mais importantes enunciados entre todos os aprovados nas *Jornadas de Direito Civil*, que merece mais uma vez transcrição:

> "A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio, quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana".

Pelo enunciado doutrinário, observa-se a tão aclamada interação entre os direitos patrimoniais e os direitos existenciais ou de personalidade, o que está relacionado com o que se convém denominar *Direito Civil Personalizado*. A ideia remonta à clássica obra de Antonio Menger, intitulada *O Direito Civil e os Pobres*.[16] Entre os brasileiros, cumpre citar a célebre teoria do *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, criada por Luiz Edson Fachin, que pretende assegurar à pessoa um mínimo para que possa viver com dignidade, um *piso mínimo de direitos patrimoniais*.[17]

O contrato de hoje é constituído por uma soma de fatores, e não mais pela vontade *pura* dos contratantes, delineando-se o significado do princípio da autonomia privada, pois outros elementos de cunho particular irão influenciar o conteúdo do negócio jurídico patrimonial. Na formação do contrato, muitas vezes, percebe-se a imposição de cláusulas pela lei ou pelo Estado, o que nos leva ao caminho sem volta da intervenção estatal nos contratos ou *dirigismo contratual*. Como exemplo dessa ingerência estatal ou legal, pode-se citar o Código de Defesa do Consumidor e mesmo o

Código Civil de 2002, que igualmente determina a nulidade absoluta de cláusulas tidas como abusivas.

Também é pertinente lembrar que, muitas vezes, a supremacia econômica de uma pessoa sobre a outra irá fazer com que uma parte economicamente mais forte dite as regras contratuais. A vontade do *mais fraco*, sem dúvida, estará mitigada. Essa imposição pode ser, além de econômica, política, como nos casos de um contrato administrativo, âmbito em que a autonomia privada também se faz presente, conforme reconhece o próprio Enzo Roppo.

Importante reconhecer que, na prática, predominam os contratos de adesão, ou *contratos standard*, padronizados, como prefere o doutrinador italiano (*Império dos Contratos*-Modelo ou *Estandardização Contratual*). Do ponto de vista prático e da realidade, essa é a principal razão pela qual se pode afirmar que a autonomia da vontade não é mais princípio contratual. Ora, a vontade tem agora um papel secundário, resumindo-se, muitas vezes, a um *sim* ou *não*, como resposta a uma proposta de contratação (*take it or leave it*, segundo afirmam os americanos, ou seja, *é pegar ou largar*). Em reforço, diante dessa realidade negocial, não se pode dizer, às cegas, que os contratos fazem lei entre as partes, como era comum outrora.

Por todos esses fatores, conceitua-se o *princípio da autonomia privada como sendo um regramento básico, de ordem particular – mas influenciado por normas de ordem pública – pelo qual na formação do contrato, além da vontade das partes, entram em cena outros fatores: psicológicos, políticos, econômicos e sociais*. *Trata-se do direito indeclinável da parte de autorregulamentar os seus interesses, decorrente da dignidade humana, mas que encontra limitações em normas de ordem pública, particularmente nos princípios sociais contratuais*.

Sem dúvida que a substituição do princípio da autonomia da vontade pelo princípio da autonomia privada traz sérias consequências para o instituto negocial. Não se pode esquecer desse ponto quando se aponta a relativização do princípio da força obrigatória do contrato (*pacta sunt servanda*).

Além disso, podem surgir questões práticas interessantes relativas ao princípio da autonomia privada, particularmente pelo seu fundamento constitucional nos princípios da liberdade e da dignidade humana. Como as normas restritivas da autonomia privada constituem exceção, não admitem analogia ou interpretação extensiva, justamente diante da tão mencionada valorização da liberdade. Em reforço, em situações de dúvida entre a proteção da liberdade da pessoa humana e os interesses patrimoniais, deve prevalecer a primeira; ou seja, o direito existencial prevalece sobre o patrimonial.

A título de exemplo prático dessa conclusão, preceitua o art. 496, *caput*, do Código Civil de 2002, que é anulável a venda de ascendente para descendente, não havendo autorização dos demais descendentes e do cônjuge do alienante. Surge uma dúvida: o dispositivo também se aplica à

hipoteca, direito real de garantia sobre coisa alheia, exigindo-se, para a hipoteca a favor de um filho, a autorização dos demais? A resposta é negativa, pois, caso contrário, estar-se-ia aplicando o citado comando legal, por analogia, a uma determinada situação não alcançada pela subsunção da norma jurídica.[18]

De qualquer forma, para encerrar o tópico, deve ser somada a essa conclusão uma constatação também fundamental; a de que, eventualmente, uma norma restritiva da autonomia privada pode admitir a interpretação extensiva ou a analogia, visando proteger a parte vulnerável da relação negocial, caso do trabalhador, do consumidor e do aderente. Para reforçar essa constatação, é importante lembrar da proteção constitucional dos vulneráveis, mais especificamente dos trabalhadores (art. 7.º) e dos consumidores (art. 5.º, XXXII).

5.3.3 Princípio da função social dos contratos

Conceitua-se o regramento em questão como *sendo um princípio de ordem pública – art. 2.035, parágrafo único, do Código Civil –, pelo qual o contrato deve ser, necessariamente, interpretado e visualizado de acordo com o contexto da sociedade*.

A *palavra função social* deve ser visualizada com o sentido de *finalidade coletiva*, sendo efeito do princípio em questão a mitigação ou relativização da força obrigatória das convenções (*pacta sunt servanda*).

Nesse contexto, o contrato não pode ser mais visto como uma *bolha, que isola as partes do meio social*. Simbologicamente, *a função social funciona como uma agulha, que fura a bolha, trazendo uma interpretação social dos pactos*. Não se deve mais interpretar os contratos somente de acordo com aquilo que foi assinado pelas partes, mas sim levando-se em conta a realidade social que os circunda. Na realidade, à luz da *personalização e constitucionalização do Direito Civil*, pode-se afirmar que a *real função do contrato não é a segurança jurídica, mas sim atender os interesses da pessoa humana*.

Aprimorando o estudo do tema, faz-se necessária a transcrição do art. 421 do Código Civil de 2002, dispositivo que inaugura o tratamento do tema na atual codificação privada: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Na esteira da melhor doutrina, observa-se que o dispositivo traz dois equívocos técnicos, que possivelmente serão corrigidos pelo outrora Projeto Ricardo Fiuza (PL 6.960/2002), agora PL 699/2011. Acatando as sugestões formuladas por Antônio Junqueira de Azevedo e Álvaro Villaça Azevedo, professores da Universidade de São Paulo, propõe-se mudança no texto, que passaria a ter a seguinte redação: “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”. Vejamos então os dois erros e as razões de suas reparações:

1.º) Substituição da expressão *liberdade de contratar* por *liberdade contratual*. Na presente obra já se demonstrou as diferenças entre os dois institutos, ficando clara a razão da proposta de alteração. A *liberdade de contratar*, relacionada com a celebração do contrato, é, em regra, ilimitada, pois a pessoa celebra o contrato quando quiser e com quem quiser, salvo raríssimas exceções. Por outra via, a *liberdade contratual*, relacionada com o conteúdo negocial, é que está limitada pela função social do contrato, ou seja, pela finalidade coletiva do contrato. Assim sendo, justifica-se plenamente a proposta de alteração.

2.º) O projeto de lei visa a retirar o termo *em razão e*, pois a função social não é a razão para o contrato, mas sim a autonomia privada. Na verdade, a função social representa, entre outras coisas, um limite ao conteúdo do contrato.

Anote-se que este autor está integralmente filiado à proposta de mudança, assim como está a Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, também da USP.[19]

Superada essa questão, merece estudo a questão da *dupla eficácia* do princípio em questão. Isso porque tem prevalecido a ideia de que a função social do contrato tem tanto *eficácia interna* (entre as partes), quanto *eficácia externa* (para além das partes). Vejamos de forma detalhada.

a) Eficácia interna da função social dos contratos – reconhecida pelo Enunciado n. 360 do CJF/STJ, aprovado na *IV Jornada d Direito Civil*, por proposição deste autor. A eficácia interna da função social dos contratos tem cinco aspectos principais:

a1) Proteção dos vulneráveis contratuais – o CDC protege o consumidor, a CLT protege o trabalhador e o CC/2002 protege o aderente em dois dispositivos (arts. 423 e 424). O primeiro comando enuncia que em havendo nos contratos de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, será adotada a interpretação mais favorável ao aderente. Segue-se o exemplo do art. 47 do CDC, que prevê a interpretação *pro consumidor*. Já o art. 424 do CC segue a experiência do art. 51 do CDC, determinando a nulidade das cláusulas que implicam na renúncia antecipada do aderente a um direito resultante da natureza do negócio. Como primeiro exemplo, tem-se entendido que a cláusula de renúncia ao benefício de ordem pelo fiador será nula quando inserida em contrato de adesão (Enunciado n. 364 do CJF/STJ). Isso porque o fiador tem como direito-regra o citado benefício de ordem (art. 827 do CC), cabendo a sua renúncia também em regra (art. 828 do CC). Como segundo exemplo, destaque-se enunciado aprovado na *V Jornada de Direito Civil:* "A cláusula de renúncia antecipada ao direito de indenização e retenção por benfeitorias necessárias é nula em contrato de locação de imóvel urbano feito nos moldes do contrato de adesão" (Enunciado n. 433). O enunciado doutrinário acaba funcionando como exceção à regra da possibilidade de renúncia às benfeitorias necessárias, nos termos da Súmula 335 do STJ. Nos contratos de adesão, a renúncia às citadas benfeitorias deve ser tida como nula, eis que o locatário, como possuidor de boa-fé, tem como inerente ao negócio o referido direito assegurado pelo art. 1.219 do CC. Em suma, as cláusulas abusivas não ocorrem exclusivamente nos contratos de consumo, mas também nos contratos civis comuns (Enunciado n. 172 do CJF/STJ da *III Jornada de Direito Civil*).

a2) Vedação da onerosidade excessiva ou desequilíbrio contratual (*efeito gangorra*) – o que pode motivar a anulação (arts. 156 e 157 do CC), a revisão (art. 317 do CC), ou mesmo a resolução do contrato (art. 478 do CC). Milhares de julgados nacionais têm estabelecido tal correlação (por todos: TJMG, Apelação Cível 1.0024.08.281889-9/0011, Belo Horizonte, 12.ª Câmara Cível, Rel. Des. Alvimar de Ávila, j. 07.04.2010, *DJEMG* 19.04.2010; TJRS, Acórdão 70033733569, Passo Fundo, 13.ª Câmara Cível, Rel. Des. Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak, j. 18.03.2010, *DJERS* 14/04/201001; TJRJ, Acórdão 2007.001.02957, 5.ª Câmara Cível, Rel.ª Des.ª Cristina Tereza Gaulia, j. 13.02.2007).

a3) Proteção da dignidade humana e dos direitos da personalidade no contrato, conforme consta do Enunciado n. 23 do CJF/STJ, d *I Jornada de Direito Civil*, outrora transcrito. Em suma, não pode prevalecer o conteúdo do contrato que traz claro prejuízo à proteção da pessoa humana, retirada do art. 1.º, III, da CF/1988 (visão civil-constitucional). Trazendo essa correlação, com interessante adequação à realidade social, do Tribunal de São Paulo: "Agravo de Instrumento. Internação de emergência. Prazo de carência. Menor, com 10 meses de idade, com seguros sintomas de H1N1. Limitação a 12 horas. Restrição inadmissível, com prevalência da hipossuficiência, da tutela da dignidade da pessoa humana e da função social do contrato. Precedentes jurisprudenciais favoráveis, não se desconhecendo posicionamentos contrários. Recurso improvido" (TJSP,

Agravo de Instrumento 994.09.282224-7, Acórdão 4368888, Atibaia, 6.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. José Joaquim dos Santos, j. 11.03.2010, *DJESP* 16.04.2010). Cite-se, ainda, o excelente Enunciado n. 542, da *VI Jornada de Direito Civil*, realizada em 2013, segundo o qual a recusa de renovação das apólices de seguro de vida pelas seguradoras em razão da idade do segurado é discriminatória e atenta contra a função social do contrato. Ato contínuo, não se olvide que o descumprimento de um contrato pode gerar dano moral, especialmente quando envolver valor fundamental protegido na CF/1988, caso da saúde e moradia. Nesse sentido, enunciado doutrinário aprovado na *V Jornada de Direito Civil*, proposto pelo presente autor (Enunciado n. 411), perfeitamente aplicável para as hipóteses em que a empresa de plano de saúde, sem justo motivo, nega a internação do paciente, cabendo indenização por danos morais em casos tais (veja-se, por todos: STJ, REsp 880.035/PR, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 21.11.2006).

a4) Nulidade de cláusulas antissociais, tidas como abusivas – para tal conclusão podem ser utilizados, em complementaridade ao art. 421 do CC, os arts. 187 e 166, II, do próprio Código. A primeira norma enuncia a ilicitude, por abuso de direito, havendo excesso contratual que desrespeita a finalidade social (= função social). A segunda dispõe que é nulo o negócio jurídico se o seu conteúdo for ilícito. Na esteira dessa conclusão, na *V Jornada de Direito Civil*, foi aprovado enunciado colocando a função social do contrato no plano da validade do negócio. Vejamos a redação da proposta de Gerson Luiz Carlos Branco, que traduz pensamento sempre seguido pelo presente autor: "A violação do art. 421 conduz à invalidade ou à ineficácia do contrato ou de cláusulas contratuais" (Enunciado n. 431). Ilustrando com típica cláusula que viola a função social, a Súmula 302 do STJ determina a nulidade, no contrato de plano de saúde, da cláusula que limita a internação. Ainda a título de exemplo a respeito das cláusulas antissociais, destaque-se outro enunciado aprovado na *V Jornada de Direito Civil*, de autoria de Wladimir A. Marinho Falcão Cunha: "Em contratos de financiamento bancário são abusivas cláusulas contratuais de repasse de custos administrativos (como análise do crédito, abertura de cadastro, emissão de fichas de compensação bancária etc.), seja por estarem intrinsecamente vinculadas ao exercício da atividade econômica, seja por violação ao princípio da boa-fé objetiva" (Enunciado n. 432). Ressalve-se que, a apesar da menção à boa-fé objetiva, o presente autor entende que o melhor caminho seria o entendimento pela violação à função social do contrato. Apesar desse enunciado, destaque-se que há uma tendência na jurisprudência superior em aceitar a cobrança de tais taxas.

a5) Tendência de conservação contratual, sendo a extinção do contrato, a última medida a ser tomada, a *ultima ratio*. Essa correlação foi reconhecida pelo Enunciado n. 22 do CJF/STJ da *I Jornada de Direito Civil*, *in verbis*: "a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas". Esse aspecto já havia sido destacado em vários trechos do Capítulo 2 desta obra, como na abordagem da lesão (art. 157 do CC). Presente esse vício do negócio, aplicando-se a função social e a conservação, a regra é a revisão e não a anulação do contrato. Ato contínuo de ilustração, recente julgado do Superior Tribunal de Justiça estabeleceu a relação entre função social do contrato e conservação do negócio jurídico, ao determinar a continuidade de um contrato de seguro de vida celebrado por longo período (STJ, REsp. 1.073.595/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 23.03.2011 – *Informativo* n. *467* do STJ).

b) Eficácia externa da função social do contrato – reconhecida pelo Enunciado n. 21 do CJF/STJ, da *I Jornada de Direito Civ.* Há dois aspectos principais:

   b1) Proteção dos direitos difusos e coletivos – conforme consta do sempre citado Enunciado n. 23 do CFJ/STJ, não podendo o contrato prejudicá-los. Por isso, sustenta-se doutrinariamente a *função socioambiental do contrato*.[20]

   b2) Tutela externa do crédito – possibilidade do contrato gerar efeitos perante terceiros ou de condutas de terceiros repercutirem no contrato. Como exemplo, pode ser citada a norma do art. 608 do CC, segundo a qual aquele que aliciar pessoas obrigadas por contrato escrito a prestar serviços a outrem, pagará a este o correspondente a dois anos da prestação de serviços. Há, assim, a responsabilidade do terceiro aliciador, ou *terceiro cúmplice*, que desrespeita a existência do contrato aliciando uma das partes.[21] O dispositivo *serve como luva* para responsabilizar uma cervejaria, frente a outra, pelo fato de ter aliciado o famoso pagodeiro, que tinha contrato de prestação de serviços publicitários com a primeira cervejaria. Nesse sentido, aliás, decidiu a Quinta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação 9112793-79.2007.8.26.000, conforme acórdão proferido em 12 de junho de 2013 e relatado pelo Desembargador Mônaco da Silva. Ressalve-se apenas que o julgado está fundamentado na função social do contrato e no art. 209 da Lei 9.279/1996, que trata da concorrência desleal, e não no art. 608 do CC.

Encerrado o estudo da dupla eficácia prática da função social do contrato, insta abordar o art. 2.035, parágrafo único, da atual codificação, dispositivo que é de grande importância para a compreensão do sentido do princípio. É a sua redação:

> "Art. 2.035. (...). Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos."

Ora, o comando legal é primaz por três aspectos primordiais:

1.º) A norma enuncia que o princípio da função social dos contratos é preceito de ordem pública. Como consequência, cabe sempre intervenção do Ministério Público e conhecimento de ofício pelo juiz. Por tal constatação merece críticas a Súmula 381 do STJ que veda ao juiz conhecer de ofício da abusividade em contratos bancários. A súmula em questão viola claramente o princípio da função social dos contratos e a regra em comento; além de representar um atentado ao Código de Defesa do Consumidor.[22]

2.º) O dispositivo coloca a função social dos contratos ao lado da função social da propriedade, dando fundamento constitucional à primeira. Em suma, pode-se dizer que a função social dos contratos está baseada na função social da propriedade, constante do art. 5.º, XXII e XXIII, da CF/1988, como queria Miguel Reale.[23] Em reforço, afirma-se com convicção que a função social do contrato está estribada nos princípios constitucionais de proteção da dignidade humana (art. 1.º, III) e da solidariedade social (art. 3.º, I).[24]

3.º) Sem qualquer inconstitucionalidade, o diploma em comento possibilita que a função social dos contratos seja aplicada a um contrato celebrado na vigência do CC/1916, mas que esteja gerando efeitos na vigência do CC/2002, o que se denomina *retroatividade motivada ou justificada*. A premissa está baseada na antiga lição segundo a qual as normas de ordem pública podem retroagir. Nessa linha de pensamento, professa Mário Luiz Delgado que "se, por um lado, exige a vida social que a fé na segurança jurídica e estabilidade das relações não seja ameaçada pelo receio de que uma lei posterior venha a perturbar aquelas que validamente já se formaram, de outro também é de se exigir a submissão do ordenamento jurídico aos interesses maiores da coletividade, de modo a se atingir o ideal de justiça e de utilidade, representação do bem comum".[25] Exemplificando e citando Fernando Noronha, aponta o jurista que quando da promulgação da Lei Áurea, que aboliu a escravidão do país, foram declarados inválidos todos os contratos de compra e venda de escravos celebrados antes de sua vigência, em prol do bem comum. Eis um bom exemplo histórico de norma de ordem pública que retroagiu, para a proteção da pessoa humana.

Reforçando que não há qualquer inconstitucionalidade da norma – que mitiga a proteção do direito adquirido em prol de outros valores superiores, em uma *ponderação do próprio legislador* –, anote-se que o Superior Tribunal de Justiça já o aplicou a um caso envolvendo a hipoteca, reconhecendo a sua validade jurídica (STJ, REsp 691.738/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 12.05.2005, *DJ* 26.09.2005, p. 372).

Por fim, é forçoso concluir que, na verdade, o art. 2.035, parágrafo único, do CC/2002, é o dispositivo mais importante para a função social dos contratos na atual legislação brasileira pelos três aspectos destacados.

5.3.4 Princípio da força obrigatória do contrato (*pacta sunt servanda*)

Decorrente da ideia clássica de autonomia da vontade, a força obrigatória dos contratos preconiza que tem força de lei o estipulado pelas partes na avença, constrangendo os contratantes ao cumprimento do conteúdo completo do negócio jurídico. Esse princípio importa em autêntica restrição da liberdade, que se tornou limitada para aqueles que contrataram a partir do momento em que vieram a formar o contrato consensualmente e dotados de vontade autônoma. Nesse sentido, alguns doutrinadores falam em *princípio do consensualismo*.[26] Entretanto, como a vontade perdeu o papel relevante que detinha, o presente autor prefere não utilizar mais essa última expressão.

Ao contrário de outras codificações do Direito Comparado, não há previsão expressa desse princípio no atual Código Civil. Todavia, os arts. 389, 390 e 391 da atual codificação, que tratam do cumprimento obrigacional e das consequências advindas do inadimplemento, afastam qualquer dúvida quanto à manutenção da obrigatoriedade das convenções como princípio do ordenamento jurídico privado brasileiro.

Anote-se que o princípio da força obrigatória como regra máxima tinha previsão já no direito romano, segundo o qual deveria prevalecer o *pacta sunt servanda*, ou seja, a força obrigatória do estipulado no pacto. Não poderia, portanto, sem qualquer razão plausível, ser o contrato revisto ou extinto, sob pena de acarretar insegurança jurídica ao sistema.

Porém, a realidade jurídica e fática do mundo capitalista e pós-moderno não possibilita mais a *concepção estanque do contrato*. O mundo globalizado, a livre concorrência, o domínio do crédito por grandes grupos econômicos e a manipulação dos meios de *marketing* geraram um grande impacto no Direito Contratual. Como já se destacou, vive-se, na expressão de Enzo Roppo, o *Império dos Contratos-Modelo*, pela prevalência maciça dos contratos de adesão, com conteúdo pré-estipulado.

Dentro dessa realidade, o princípio da força obrigatória ou da obrigatoriedade das convenções continua previsto em nosso ordenamento jurídico, mas não mais como regra geral, como antes era concebido. A força obrigatória constitui exceção à regra geral da socialidade, secundária à função social do contrato, princípio que impera dentro da nova realidade do direito privado contemporâneo. Certo é, portanto, que o princípio da força obrigatória não tem mais encontrado a predominância e a prevalência que exercia no passado. O princípio em questão está, portanto, *mitigado* ou *relativizado*, sobretudo pelos princípios sociais da função social do contrato e da boa-fé objetiva.

A par de tudo isso, no momento, não há ainda como concordar com o posicionamento no sentido de que o princípio da força obrigatória do contrato foi definitivamente extinto pela codificação emergente. Isso porque tal conclusão afasta o mínimo de segurança e certeza que se espera do ordenamento jurídico, principalmente a segurança no direito, ícone também importante, como a própria *justiça*, objetivo maior buscado pelo Direito e pela ciência que o estuda.

Todavia, não é exagerado afirmar que o princípio da força obrigatória do contrato tende a desaparecer. Por certo, outro princípio o substituirá no futuro, talvez o princípio da conservação do contrato ou mesmo a boa-fé objetiva, em uma feição de tutela de confiança. O último princípio citado passa a ser o objeto de estudo.

5.3.5 Princípio da boa-fé objetiva

Uma das mais festejadas mudanças introduzidas pelo Código Civil de 2002 refere-se à previsão expressa do princípio da boa-fé contratual, que não constava da codificação de 1916. Como se sabe, a boa-fé, anteriormente, somente era relacionada com a intenção do sujeito de direito, estudada quando da análise dos institutos possessórios, por exemplo. Nesse ponto era conceituada como *boa-fé subjetiva*, eis que mantinha relação direta com aquele que ignorava um vício relacionado com uma pessoa, bem ou negócio.

Mas, desde os primórdios do direito romano, já se cogitava outra boa-fé, aquela direcionada à conduta das partes, principalmente nas relações negociais e contratuais. Com o surgimento do *jusnaturalismo*, a boa-fé ganhou, no Direito Comparado, uma nova faceta, relacionada com a conduta dos negociantes e denominada *boa-fé objetiva*. Da subjetivação saltou-se para a objetivação, o que é consolidado pelas codificações privadas europeias. Com essa evolução, alguns códigos da era moderna fazem menção a essa nova faceta da boa-fé, caso do Código Civil português de 1966, do Código Civil italiano de 1942 e do BGB alemão, normas que serviram como marco teórico para o Código Civil Brasileiro de 2002.

Nosso atual Código Civil, ao seguir essa tendência, adota a dimensão concreta da boa-fé, como já fazia o Código de Defesa do Consumidor em seu art. 4.º, III, entre outros comandos, segundo o qual "a Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (...) III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), *sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores*" (destacado). Quanto a essa confrontação necessária entre o Código Civil e o CDC, prevê o Enunciado n. 27 do CJF/STJ que: "Na interpretação da cláusula geral da boa-fé objetiva, deve-se levar em conta o sistema do CC e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos". Um desses estatutos normativos é justamente a Lei 8.078/1990, ou seja, deve ser preservado o tratamento dado à boa-fé objetiva pelo CDC.

Pois bem, como antes destacado, tornou-se comum afirmar que a boa-fé objetiva, conceituada como sendo exigência de conduta leal dos contratantes, está relacionada com os *deveres anexos ou laterais de conduta*, que são ínsitos a qualquer negócio jurídico, não havendo sequer a necessidade de previsão no instrumento negocial.[27] São considerados deveres anexos, entre outros:

- Dever de cuidado em relação à outra parte negocial;
- Dever de respeito;
- Dever de informar a outra parte sobre o conteúdo do negócio;
- Dever de agir conforme a confiança depositada;
- Dever de lealdade e probidade;
- Dever de colaboração ou cooperação;
- Dever de agir com honestidade;
- Dever de agir conforme a razoabilidade, a equidade e a *boa razão*.

Repise-se, conforme o Capítulo 3 desta obra, que, a quebra desses deveres anexos gera a *violação positiva do contrato*, com responsabilização civil objetiva daquele que desrespeita a boa-fé objetiva (Enunciado n. 24 do CJF/STJ). Essa responsabilização independentemente de culpa está amparada igualmente pelo teor do Enunciado n. 363 do CJF/STJ, da *IV Jornada*, segundo o qual: "Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, estando a parte lesada somente obrigada a demonstrar a existência da violação". O grande mérito do último enunciado, de autoria do Professor Wanderlei de Paula Barreto, é a previsão de que a boa-fé objetiva é preceito de ordem pública.

Além da relação com esses deveres anexos, decorrentes de construção doutrinária, o Código Civil de 2002, em três dos seus dispositivos, apresenta três funções importantes da boa-fé objetiva.

1.º) Função de interpretação (art. 113 do CC) – eis que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da sua celebração. Nesse dispositivo, a boa-fé é consagrada como meio auxiliador do aplicador do direito para a interpretação dos negócios, da maneira mais favorável a quem esteja de boa-fé.

2.º) Função de controle (art. 187 do CC) – uma vez que aquele que contraria a boa-fé objetiva comete abuso de direito ("Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes"). Vale mais uma vez lembrar que, segundo o Enunciado n. 37 do CJF/STJ, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, a responsabilidade civil que decorre do abuso de direito é objetiva, isto é, não depende de culpa, uma vez que o art. 187 do CC adotou o critério objetivo-finalístico. Dessa forma, a quebra ou desrespeito à boa-fé objetiva conduz ao caminho sem volta da responsabilidade independentemente de culpa, seja pelo Enunciado n. 24 ou pelo Enunciado n. 37, ambos da *I Jornada de Direito Civil*. Não se olvide que o abuso de direito também pode estar configurado em sede de autonomia privada, pela presença de cláusulas abusivas.

3.º) Função de integração (art. 422 do CC) – segundo o qual: "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé". Relativamente à aplicação da boa-fé em todas as

fases negociais, foram aprovados dois enunciados doutrinários pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. De acordo com o Enunciado n. 25 do CJF/STJ, da *I Jornada*, "o art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratual". Nos termos do Enunciado n. 170 da *III Jornada*, "A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato". Apesar de serem parecidos, os enunciados têm conteúdos diversos, pois o primeiro é dirigido ao juiz, ao aplicador da norma no caso concreto, e o segundo é dirigido às partes do negócio jurídico.

Para esclarecer e ilustrar, vejamos alguns exemplos de aplicação da boa-fé objetiva nas fases contratuais, conforme a doutrina e a jurisprudência nacionais.

Primeiramente, quanto à boa-fé objetiva na *fase pré-contratual*, os primeiros entendimentos jurisprudenciais relevantes que trataram da matéria envolveram a empresa CICA e foram pronunciados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, casos que ficaram conhecidos em todo o Brasil sob a denominação *caso dos tomates*. Essa empresa distribuía sementes a pequenos agricultores gaúchos sob a promessa de lhes comprar a produção futura. Isso ocorreu de forma continuada e por diversas vezes, o que gerou uma expectativa quanto à celebração do contrato de compra e venda da produção. Até que certa feita a empresa distribuiu as sementes e não adquiriu o que foi produzido. Os agricultores, então, ingressaram com demandas indenizatórias, alegando a quebra da boa-fé, mesmo não havendo qualquer contrato escrito, obtendo pleno êxito. Transcreve-se uma das ementas dos vários julgados:

> "Contrato. Teoria da aparência. Inadimplemento. O trato, contido na intenção, configura contrato, porquanto os produtores, nos anos anteriores, plantaram para a Cica, e não tinham por que plantar, sem a garantia da compra" (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Embargos Infringentes 591083357, 3.ª Grupo de Câmaras Cíveis, Rel. Juiz Adalberto Libório Barros, j. 01.11.1991, Comarca de origem: Canguçu. Fonte: *Jurisprudência TJRS*, Cíveis, 1992, v. 2, t. 14, p. 1-22).

Ainda no que concerne à incidência da boa-fé objetiva na fase pré-contratual, colaciona-se interessante acórdão do Superior Tribunal de Justiça, do ano de 2013, julgando que a parte interessada em se tornar revendedora autorizada de veículos tem direito de ser ressarcida dos danos materiais decorrentes da conduta da fabricante, "no caso em que esta – após anunciar em jornal que estaria em busca de novos parceiros e depois de comunicar àquela a avaliação positiva que fizera da manifestação de seu interesse, obrigando-a, inclusive, a adiantar o pagamento de determinados valores – rompa, de forma injustificada, a negociação até então levada a efeito, abstendo-se de devolver as quantias adiantadas". O caso representa uma típica quebra da confiança na fase das tratativas negociais.

Ainda de acordo com o aresto em destaque, "com o advento do CC/2002, dispôs-se, de forma expressa, a respeito da boa-fé (art. 422), da qual se extrai a necessidade de observância dos chamados deveres anexos ou de proteção. Com base nesse regramento, deve-se reconhecer a responsabilidade pela reparação de danos originados na fase pré-contratual caso verificadas a

ocorrência de consentimento prévio e mútuo no início das tratativas, a afronta à boa-fé objetiva com o rompimento ilegítimo destas, a existência de prejuízo e a relação de causalidade entre a ruptura das tratativas e o dano sofrido. Nesse contexto, o dever de reparação não decorre do simples fato de as tratativas terem sido rompidas e o contrato não ter sido concluído, mas da situação de uma das partes ter gerado à outra, além da expectativa legítima de que o contrato seria concluído, efetivo prejuízo material" (STJ, REsp 1.051.065/AM, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 21.02.2013, publicado no seu *Informativo* n. *517*).

Como exemplo de aplicação da boa-fé objetiva na *fase contratual*, mencione-se o teor da Súmula 308 do STJ: "A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel". Sabe-se que a hipoteca é um direito real de garantia sobre coisa alheia, que recai principalmente sobre bens imóveis, e vem tratada entre os arts. 1.473 a 1.505 do atual Código Civil. Sem prejuízo dessas regras especiais, a codificação traz ainda regras gerais quanto aos direitos reais de garantia entre os seus arts. 1.419 a 1.430. Um dos principais efeitos da hipoteca é a constituição de um vínculo real, que acompanha a coisa (art. 1.419). Esse vínculo real tem efeitos *erga omnes*, dando direito de excussão ao credor hipotecário, contra quem esteja na posse do bem (art. 1.422).

Assim, se um imóvel é garantido pela hipoteca, é possível que o credor reivindique o bem contra terceiro adquirente, prerrogativa esta que se denomina *direito de sequela*. Assim, não importa se o bem foi transferido a terceiro; esse também perderá o bem, mesmo que o tenha adquirido de boa-fé.

A constituição da hipoteca é muito comum em contratos de construção e incorporação imobiliária, visando a um futuro condomínio edilício. Como muitas vezes o construtor não tem condições econômicas para levar adiante a obra, celebra um contrato de empréstimo de dinheiro com um terceiro (agente financeiro ou agente financiador), oferecendo o próprio imóvel como garantia, o que inclui todas as suas unidades do futuro condomínio. Iniciada a obra, o incorporador começa a vender as unidades a terceiros, que no caso são consumidores, pois é evidente a caracterização da relação de consumo, nos moldes dos arts. 2.º e 3.º da Lei 8.078/1990.

Diante da boa-fé objetiva e da força obrigatória que ainda rege os contratos, espera-se que o incorporador cumpra com todas as suas obrigações perante o agente financiador, pagando pontualmente as parcelas do financiamento. Assim sendo, não há maiores problemas.

Mas, infelizmente, como *nem tudo são flores*, nem sempre isso ocorre. Em casos tais, quem acabará perdendo o imóvel adquirido a tão duras penas? O consumidor, diante do direito de sequela advindo da hipoteca. A referida súmula tende justamente a proteger o último, restringindo os efeitos da hipoteca às partes contratantes. Isso diante da boa-fé objetiva, uma vez que aquele que adquiriu o bem pagou pontualmente as suas parcelas à incorporadora, ignorando toda a sistemática jurídica que rege a incorporação imobiliária.

Presente a boa-fé do adquirente, não poderá ser responsabilizado o consumidor pela conduta da incorporadora, que acaba não repassando o dinheiro ao agente financiador. Fica claro, pelo teor da Súmula 308 do STJ, que a boa-fé objetiva também envolve a ordem pública, caso contrário não seria possível a restrição do direito real. Em reforço, é interessante perceber que a referida ementa traz, ainda, como conteúdo a eficácia interna da função social dos contratos, pois entre proteger o agente financeiro e o consumidor, *prefere* o último, parte vulnerável da relação contratual. Trata-se de uma importante interação entre os princípios, em uma relação de *simbiose*, o que se tem tornado comum na jurisprudência nacional.

Por derradeiro, quanto à aplicação da boa-fé objetiva na *fase pós-contratual*, cite-se o comum entendimento de que o credor tem o dever de retirar o nome do devedor do cadastro de inadimplentes após acordo ou pagamento da dívida. Isso, sob pena de surgimento de uma *responsabilidade pós-contratual* (*post pactum finitum*), pela quebra da boa-fé. Nesse sentido:

> "Inscrição no SPC. Dívida paga posteriormente. Dever do credor de providenciar a baixa da inscrição. Dever de proteção dos interesses do outro contratante, derivado do princípio da boa-fé contratual, que perdura inclusive após a execução do contrato (responsabilidade pós-contratual)" (TJRS, Processo 71000614792, j. 01.03.2005, 3.ª Turma Recursal Cível, Juiz Rel. Eugênio Facchini Neto, Comarca de Porto Alegre).

> "O cancelamento de inscrição em órgãos restritivos de crédito após o pagamento deve ser procedido pelo responsável pela inscrição, em prazo razoável, não superior a dez dias, sob pena de importar em indenização por dano moral" (Enunciado n. 26 dos Juizados Especiais Cíveis do Tribunal de Justiça de São Paulo).

> "Cadastro de inadimplentes. Baixa da inscrição. Responsabilidade. Prazo. O credor é responsável pelo pedido de baixa da inscrição do devedor em cadastro de inadimplentes no prazo de cinco dias úteis, contados da efetiva quitação do débito, sob pena de incorrer em negligência e consequente responsabilização por danos morais. Isso porque o credor tem o dever de manter os cadastros dos serviços de proteção ao crédito atualizados. (...). O termo inicial para a contagem do prazo para baixa no registro deverá ser do efetivo pagamento da dívida. Assim, as quitações realizadas mediante cheque, boleto bancário, transferência interbancária ou outro meio sujeito a confirmação, dependerão do efetivo ingresso do numerário na esfera de disponibilidade do credor. A Ministra Relatora ressalvou a possibilidade de estipulação de outro prazo entre as partes, desde que não seja abusivo, especialmente por tratar-se de contratos de adesão. Precedentes citados: REsp 255.269/PR, *DJ* 16.04.2001; REsp 437.234/PB, *DJ* 29.09.2003; AgRg no Ag 1.094.459/SP, *DJe* 1.º.06.2009, e AgRg no REsp 957.880/SP, *DJe* 14.03.2012" (STJ, REsp 1.149.998/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 07.08.2012, publicado no *Informativo* n. *501* do STJ).

Superado o ponto de ilustrações concretas, ainda quanto à função integrativa da boa-fé, é preciso estudar os *conceitos parcelares da boa-fé objetiva*, advindos do Direito Comparado e retirados da obra do jurista lusitano Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro: *supressio, surrectio, tu quoque, exceptio doli, venire contra factum proprium non potest*.[28] Há ainda *o duty to mitigate the loss*, retirado doutrinariamente do Enunciado n. 169 do CJF/STJ.

Tais construções teóricas *servem como luva* para a aplicação do Enunciado n. 26 do CJF/STJ, da *I Jornada de Direito Civil*, *in verbis*: "A cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil

impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes”. Vejamos, de forma detalhada.

a) Supressio e surrectio

A supressio (*Verwirkung*) significa a supressão, por renúncia tácita, de um direito ou de uma posição jurídica, pelo seu não exercício com o passar dos tempos. Repise-se que o seu sentido pode ser notado pela leitura do art. 330 do CC, que adota o conceito, eis que “o pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato”. Ilustrando, caso tenha sido previsto no instrumento obrigacional o benefício da obrigação portável (cujo pagamento deve ser efetuado no domicílio do credor), e tendo o devedor o costume de pagar no seu próprio domicílio de forma reiterada, sem qualquer manifestação do credor, a obrigação passará a ser considerada quesível (aquela cujo pagamento deve ocorrer no domicílio do devedor).

Ao mesmo tempo em que o credor perde um direito por essa supressão, surge um direito a favor do devedor, por meio da *surrectio* (*Erwirkung*), direito este que não existia juridicamente até então, mas que decorre da efetividade social, de acordo com os costumes. Em outras palavras, enquanto a *supressio* constitui a perda de um direito ou de uma posição jurídica pelo seu não exercício no tempo; a *surrectio* é o surgimento de um direito diante de práticas, usos e costumes. Ambos os conceitos podem ser retirados do art. 330 do CC, constituindo *duas faces da mesma moeda*, conforme afirma José Fernando Simão.[29]

Partindo para as concretizações, a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais por bem aplicou os dois conceitos à questão locatícia, o que gerou a alteração no valor do aluguel:

> “Direito Civil. Locação residencial. Situação jurídica continuada ao arrepio do contrato. Aluguel. Cláusula de preço. Fenômeno da *surrectio* a garantir seja mantido a ajuste tacitamente convencionado. A situação criada ao arrepio de cláusula contratual livremente convencionada pela qual a locadora aceita, por certo lapso de tempo, aluguel a preço inferior àquele expressamente ajustado, cria, à luz do Direito Civil moderno, novo direito subjetivo, a estabilizar a situação de fato já consolidada, em prestígio ao Princípio da Boa-Fé contratual” (TJMG, 16.ª Câmara Cível, Acórdão 1.0024.03.163299-5/001-Belo Horizonte-MG, Rel. Des. Mauro Soares de Freitas, j. 07.03.2007, v.u.).

O julgado é paradigmático, representando forte mitigação da força obrigatória do contrato, em prol da boa-fé objetiva, da atuação concreta das partes.

Ainda exemplificando, o Superior Tribunal de Justiça fez incidir ambas as construções em contrato de locação de veículos, valorizando as condutas das partes envolvidas. A ementa é didática e explicativa:

> “Direito Civil. Contrato de locação de veículos por prazo determinado. Notificação, pela locatária, de que não terá interesse na renovação do contrato, meses antes do término do prazo contratual. Devolução apenas parcial dos veículos após o final do prazo, sem oposição expressa da locadora. Continuidade da emissão de faturas, pela credora, no preço contratualmente

estabelecido. Pretensão da locadora de receber as diferenças entre a tarifa contratada e a tarifa de balcão para a locação dos automóveis que permaneceram na posse da locatária. Impossibilidade. Aplicação do princípio da boa-fé objetiva. (...). A notificação a que se refere o art. 1.196 do CC/02 (art. 575 do CC/02) não tem a função de constituir o locatário em mora, tendo em vista o que dispõe o art. 1.194 do CC/16 (art. 573 do CC/02). Ela objetiva, em vez disso, a: (I) que não há a intenção do locador de permitir a prorrogação tácita do contrato por prazo indeterminado (art. 1.195 do CC/16 – art. 574 do CC/02); (II) fixar a sanção patrimonial decorrente da retenção do bem locado. Na hipótese em que o próprio locatário notifica o locador de que não será renovado o contrato, a primeira função já se encontra preenchida: não é necessário ao locador repetir sua intenção de não prorrogar o contrato se o próprio locatário já o fez. A segunda função, por sua vez, pode se considerar também preenchida pelo fato de que é presumível a ciência, por parte do locatário, do valor das diárias dos automóveis pela tarifa de balcão. Haveria, portanto, em princípio, direito em favor da locadora à cobrança de tarifa adicional. – Se o acórdão recorrido estabelece, contudo, que não houve qualquer manifestação do credor no sentido da sua intenção de exercer tal direito e, mais que isso, o credor comporta-se de maneira contraditória, emitindo faturas no valor original, cria-se, para o devedor, a expectativa da manutenção do preço contratualmente estabelecido. – O princípio da boa-fé objetiva exerce três funções: (I) a de regra de interpretação; (II) a de fonte de direitos e de deveres jurídicos; e (III) a de limite ao exercício de direitos subjetivos. Pertencem a este terceiro grupo a teoria do adimplemento substancial das obrigações e a teoria dos atos próprios ('tu quoque'; vedação ao comportamento contraditório; 'surrectio'; 'supressio'). – O instituto da 'supressio' indica a possibilidade de se considerar suprimida uma obrigação contratual, na hipótese em que o não exercício do direito correspondente, pelo credor, gere no devedor a justa expectativa de que esse não exercício se prorrogará no tempo. (...)." (STJ, REsp 953.389/SP, 3.ª Turma, Rel.ª Min.ª Fátima Nancy Andrighi, j. 23.02.2010, *DJE* 11.05.2010).

Por fim, quanto às ilustrações, mais recentemente, o Superior Tribunal de Justiça aplicou a *supressi*o para hipótese de cobrança de correção monetária em contrato de mandato judicial, concluindo que o seu não exercício em momento oportuno geraria renúncia tácita em relação aos valores. Vejamos a publicação no *Informativo* n. *478* daquela Corte Superior: "Correção monetária. Renúncia. O recorrente firmou com a recorrida o contrato de prestação de serviços jurídicos com a previsão de correção monetária anual. Sucede que, durante os seis anos de validade do contrato, o recorrente não buscou reajustar os valores, o que só foi perseguido mediante ação de cobrança após a rescisão contratual. Contudo, emerge dos autos não se tratar de simples renúncia ao direito à correção monetária (que tem natureza disponível), pois, ao final, o recorrente, movido por algo além da liberalidade, visou à própria manutenção do contrato. Dessarte, o princípio da boa-fé objetiva torna inviável a pretensão de exigir retroativamente a correção monetária dos valores que era regularmente dispensada, pleito que, se acolhido, frustraria uma expectativa legítima construída e mantida ao longo de toda a relação processual, daí se reconhecer presente o instituto da supressio" (STJ, REsp 1.202.514/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 21.06.2011).

b) Tu quoque

O termo *tu quoque*, citado no penúltimo julgado, significa que um contratante que violou uma norma jurídica não poderá, sem a caracterização do abuso de direito, aproveitar-se dessa situação anteriormente criada pelo desrespeito. Conforme lembra Ronnie Preuss Duarte, "a locução designa a situação de abuso que se verifica quando um sujeito viola uma norma jurídica e, posteriormente, tenta

tirar proveito da situação em benefício próprio”.[30]

Desse modo, está vedado que alguém faça contra o outro o que não faria contra si mesmo (*regra de ouro*), conforme ensina Cláudio Luiz Bueno de Godoy (*Função...*, 2004, p. 87-94).[31] Relata o professor da USP que “Pelo ‘tu quoque’, expressão cuja origem, como lembra Fernando Noronha, está no grito de dor de Júlio César, ao perceber que seu filho adotivo Bruto estava entre os que atentavam contra sua vida (‘Tu quoque, filli’? Ou ‘Tu quoque, Brute, fili mi’?), evita-se que uma pessoa que viole uma norma jurídica possa exercer direito dessa mesma norma inferido ou, especialmente, que possa recorrer, em defesa, a normas que ela própria violou. Trata-se da regra de tradição ética que, verdadeiramente, obsta que se faça com outrem o que não se quer seja feito consigo mesmo”.[32]

A título de exemplo, da recente jurisprudência paulista, pode ser extraída interessante ementa, aplicando a máxima para negócio jurídico de transmissão de cotas sociais:

> “Embargos à execução. Título executivo extrajudicial. Cheque oriundo de negócio jurídico de cessão de cotas sociais. Alegação de vício no negócio. Impossibilidade da parte invocar proteção por regra contratual que havia infringido ou, ao menos, colaborado para infringir (*tu quoque*). Não demonstração de induzimento em erro acerca da estimativa de faturamento. Embargos julgados improcedentes. Sentença mantida. Apelação não provida” (TJSP, Apelação 7161983-5, Acórdão 3583050, Osasco, 13.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Luís Eduardo Scarabelli, j. 27.03.2009, *DJESP* 12.05.2009).

Ainda como hipótese de *concretude* do conceito parcelar, a jurisprudência de Minas Gerais, em situação envolvendo compromisso de compra e venda de imóvel, entendeu que “O contratante não pode deixar de cumprir o contrato, com base na exceção do contrato não cumprido (excepctio *non adimpleti contractus*), se dá causa ao inadimplemento da parte contrária. Inteligência do princípio da boa-fé objetiva, na dimensão do *tu quoque*” (TJMG, Agravo de Instrumento 1.0024.09.732895-9/0011, Belo Horizonte, 12.ª Câmara Cível, Rel. Des. José Flávio de Almeida, j. 07.04.2010, *DJEMG* 03.05.2010).

c) Exceptio doli

A *exceptio doli* é conceituada como sendo a defesa do réu contra ações dolosas, contrárias à boa-fé. Aqui a boa-fé objetiva é utilizada como defesa, tendo uma importante *função reativa*, conforme ensina José Fernando Simão.[33]

A exceção mais conhecida no Direito Civil brasileiro é aquela constante no art. 476 do Código Civil, a *exceptio non adimpleti contractus*, pela qual ninguém pode exigir que uma parte cumpra com a sua obrigação se primeiro não cumprir com a própria. A essa conclusão chega Cristiano de Souza Zanetti.[34] O jovem jurista da Universidade de São Paulo aponta que a *exceptio doli* pode ser considerada presente em outros dispositivos do atual Código Civil brasileiro, como nos arts. 175,

190, 273, 274, 281, 294, 302, 837, 906, 915 e 916.

Para ilustrar, aplicando a *exceptio*, extrai-se interessante julgado assim publicado no *Informativo* n. *430* do Superior Tribunal de Justiça:

> "Exceção. Contrato não Cumprido. Tratou-se de ação ajuizada pelos recorridos que buscavam a rescisão do contrato de compra e venda de uma sociedade empresária e dos direitos referentes à marca e patente de um sistema de localização, bloqueio e comunicação veicular mediante uso de aparelho celular, diante de defeitos no projeto do referido sistema que se estenderam ao funcionamento do produto. Nessa hipótese, conforme precedentes, a falta da prévia interpelação (arts. 397, parágrafo único, e 473, ambos do CC/2002) impõe o reconhecimento da impossibilidade jurídica do pedido, pois não há como considerá-la suprida pela citação para a ação resolutória. Contudo, consta da sentença que os recorrentes já estavam cientes de sua inadimplência mesmo antes do ajuizamento da ação e, por sua inércia, não restou aos recorridos outra alternativa senão a via judicial. Alegam os recorrentes que não poderiam os recorridos exigir o implemento das obrigações contratuais se eles mesmos não cumpriram com as suas (pagar determinadas dívidas da sociedade). Porém, segundo a doutrina, a exceção de contrato não cumprido somente pode ser oposta quando a lei ou o contrato não especificar a quem primeiro cabe cumprir a obrigação. Assim, estabelecido em que ordem deve dar-se o adimplemento, o contratante que primeiro deve cumprir suas obrigações não pode recusar-se ao fundamento de que o outro não satisfará a que lhe cabe, mas o que detém a prerrogativa de por último realizar a obrigação pode sim postergá-la, enquanto não vir cumprida a obrigação imposta ao outro, tal como se deu no caso. Anote-se que se deve guardar certa proporcionalidade entre a recusa de cumprir a obrigação de um e a inadimplência do outro, pois não se fala em exceção de contrato não cumprido quando o descumprimento é mínimo e parcial. Os recorrentes também aduzem que, diante do amplo objeto do contrato, que envolveria outros produtos além do sistema de localização, não haveria como rescindi-lo totalmente (art. 184 do CC/2002). Porém, constatado que o negócio tem caráter unitário, que as partes só o celebrariam se ele fosse válido em seu conjunto, sem possibilidade de divisão ou fracionamento, a invalidade é total, não se cogitando de redução. O princípio da conservação dos negócios jurídicos não pode interferir na vontade das partes quanto à própria existência da transação. Já quanto à alegação de violação da cláusula geral da boa-fé contratual, arquétipo social que impõe o poder-dever de cada um ajustar sua conduta a esse modelo, ao agir tal qual uma pessoa honesta, escorreita e leal, vê-se que os recorridos assim agiram, tanto que buscaram, por várias vezes, solução que possibilitasse a preservação do negócio, o que esbarrou mesmo na intransigência dos recorrentes de se recusar a rever o projeto com o fim de sanar as falhas; isso obrigou os recorridos a suspender o cumprimento das obrigações contratuais e a buscar a rescisão do instrumento. Precedentes citados: REsp 159.661-MS, *DJ* 14.02.2000; REsp 176.435-SP, *DJ* 09.08.1999; REsp 734.520-MG, *DJ* 15.10.2007; REsp 68.476-RS, *DJ* 11.11.1996; REsp 35.898-RJ, *DJ* 22.11.1993; REsp 130.012-DF, *DJ* 1.º.02.1999, e REsp 783.404-GO, *DJ* 13.08.2007" (STJ, REsp 981.750/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 13.04.2010).

d) Venire contra factum proprium

Pela máxima *venire contra factum proprium non potest*, determinada pessoa não pode exercer um direito próprio contrariando um comportamento anterior, devendo ser mantida a confiança e o dever de lealdade, decorrentes da boa-fé objetiva. O conceito mantém relação com a *tese dos atos próprios*, muito bem explorada no Direito Espanhol por Luís Díez-Picazo.[35]

Para Anderson Schreiber, que desenvolveu excelente trabalho específico sobre o tema no Brasil, podem ser apontados quatro pressupostos para aplicação da proibição do comportamento contraditório: 1.º) um fato próprio, uma conduta inicial; 2.º) a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo dessa conduta; 3.º) um comportamento contraditório com este sentido objetivo; 4.º) um dano ou um potencial de dano decorrente da contradição.[36] A relação com o

respeito à confiança depositada, um dos deveres anexos à boa-fé objetiva, é muito clara, conforme consta do Enunciado n. 362 da *IV Jornada de Direito Civil*: "A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil".

Além desse reconhecimento doutrinário, a jurisprudência brasileira vem aplicando amplamente a vedação do comportamento contraditório em demandas envolvendo o Direito Civil e o Direito do Consumidor. Vejamos três concreções.

De início, a mais conhecida decisão envolvendo a *venire*, proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, envolveu um caso de contrato de compromisso de compra e venda. O marido celebrou o referido negócio sem a outorga uxória, ou seja, sem a anuência de sua esposa, o que, na vigência do Código Civil de 1916, era motivo de sua nulidade absoluta do contrato. A esposa, entretanto, informou em uma ação que concordou tacitamente com a venda. Dezessete anos após a sua celebração pretendeu a nulidade, o que foi afastado justamente pela presença de comportamentos contraditórios entre si:

> "Promessa de compra e venda. Consentimento da mulher. Atos posteriores. *Venire contra factum proprium* . Boa-fé. A mulher que deixa de assinar o contrato de promessa de compra e venda juntamente com o marido, mas depois disso, em juízo, expressamente admite a existência e validade do contrato, fundamento para a denunciação de outra lide, e nada impugna contra a execução do contrato durante mais de 17 anos, tempo em que os promissários compradores exerceram pacificamente a posse sobre o imóvel, não pode depois se opor ao pedido de fornecimento de escritura definitiva. Doutrina dos atos próprios. Art. 132 do CC. 3. Recurso conhecido e provido" (STJ, REsp 95.539/SP, 4.ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJ* 14.10.1996, p. 39.015, Data da decisão 03.09.1996).

Do mesmo Tribunal Superior, aplicou-se o conceito para afastar negativa do locatário em pagar o aluguel devido, alegando que o promitente comprador não seria legítimo locador:

> "Locação. Promitente Comprador. Parte legítima para figurar no polo ativo da ação de despejo. Prova da propriedade ou do compromisso registrado. Desnecessidade. Dissídio Jurisprudencial Superado. Agravo Regimental Improvido. 1 – *A priori*, a inexistência de prova da propriedade do imóvel ou do compromisso registrado não enseja a ilegitimidade do promitente comprador em propor o despejo da locatária que não adimpliu os aluguéis. 2 – Comprovada, na espécie, a condição de locador através do respectivo contrato de locação, assinado pela ora agravante, compete à locatária o ônus de comprovar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, nos termos do art. 333, II, do CPC, o que não ocorreu. 3 – Fere a boa-fé objetiva a conduta da locatária que, após exercer a posse direta do imóvel por mais de duas décadas, alega a ilegitimidade do locador em ajuizar a ação de despejo por falta de pagamento. 4 – Embora a ora agravante tenha demonstrado a existência da divergência jurisprudencial, verifica-se que este Superior Tribunal de Justiça recentemente asseverou que o ajuizamento da ação de despejo pelo promitente comprador prescinde de prova da propriedade do imóvel locado, a evidenciar a superação do dissídio 5 – Agravo regimental improvido" (STJ, AgRg nos EDcl nos EDcl no Ag 704.933/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª Turma, j. 24.08.2009, *DJe* 14.09.2009).

Por fim, entre os vários julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo que aplicaram a

construção, colaciona-se decisão que fez incidir o *venire* contra uma empresa administradora de cartão de crédito que mantinha a prática de aceitar o pagamento dos valores atrasados. No caso, a empresa, repentinamente, alegou a rescisão contratual com base em cláusula contratual que previa a extinção do contrato havendo inadimplemento. O Tribunal mitigou a força obrigatória dessa cláusula, ao apontar que a extinção do negócio jurídico e a cobrança integral não seriam possíveis, diante dos comportamentos de recebimento parcial do crédito. O consumidor foi indenizado pela negativação de seu nome em cadastro pela cobrança do valor integral:

> "Dano moral. Responsabilidade civil. Negativação no Serasa e constrangimento pela recusa do cartão de crédito, cancelado pela ré. Caracterização. Boa-fé objetiva. *Venire contra factum proprium* . Administradora que aceitava pagamento das faturas com atraso. Cobrança dos encargos da mora. Ocorrência. Repentinamente invocam cláusula contratual para considerar o contrato rescindido, a conta encerrada e o débito vencido antecipadamente. Simultaneamente providencia a inclusão do nome do titular no Serasa. Inadmissibilidade. Inversão do comportamento anteriormente adotado e exercício abusivo da posição jurídica. Recurso improvido" (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível 174.305-4/2-00, São Paulo, 3.ª Câmara de Direito Privado – A, Rel. Enéas Costa Garcia, j. 16.12.2005, v.u., Voto 309).

e) "Duty to mitigate the loss"

Trata-se do dever imposto ao credor de mitigar suas perdas, ou seja, o próprio prejuízo. Sobre essa premissa foi aprovado o Enunciado n. 169 do CJF/STJ na *III Jornada de Direito Civil*, pelo qual "O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo".

A proposta, elaborada por Vera Maria Jacob de Fradera, professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, representa muito bem a natureza do dever de colaboração, presente em todas as fases contratuais e que decorre do princípio da boa-fé objetiva e daquilo que consta do art. 422 do CC.[37] Anote-se que o Enunciado n. 169 do CJF/STJ está inspirado no art. 77 da Convenção de Viena de 1980, sobre a venda internacional de mercadorias, no sentido de que "A parte que invoca a quebra do contrato deve tomar as medidas razoáveis, levando em consideração as circunstâncias, para limitar a perda, nela compreendido o prejuízo resultante da quebra. Se ela negligencia em tomar tais medidas, a parte faltosa pode pedir a redução das perdas e danos, em proporção igual ao montante da perda que poderia ter sido diminuída". Para a autora da proposta, há uma relação direta com o princípio da boa-fé objetiva, uma vez que a mitigação do próprio prejuízo constituiria um dever de natureza acessória, um dever anexo, derivado da boa conduta que deve existir entre os negociantes.

A ilustrar a aplicação do *duty to mitigate the loss*, ilustre-se com o caso de um contrato de locação de imóvel urbano em que houve inadimplemento. Ora, nesse negócio, há um dever por parte do locador de ingressar, tão logo lhe seja possível, com a competente ação de despejo, não permitindo que a dívida assuma valores excessivos.

O mesmo argumento vale para os contratos bancários e financeiros em que há descumprimento. Segundo a interpretação deste autor, já aplicada pela jurisprudência, não pode a instituição financeira permanecer inerte, aguardando que, diante da alta taxa de juros prevista no instrumento contratual, a dívida atinja montantes astronômicos. Se assim agir, como consequência da violação da boa-fé, os juros devem ser reduzidos (nesse sentido, ver: TJMS, Acórdão 2009.022658-4/0000-00, Campo Grande, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, *DJEMS* 24.09.2009, p. 12 e TJRJ, Apelação Cível 0010623-64.2009.8.19.0209, Nona Câmara Cível, Apelante: Paulo Roberto de Oliveira, Apelado: Banco de Lage Landen Brasil S.A, Relator: Desembargador Roberto de Abreu e Silva, j. junho de 2011; o último, com citações a esta obra).

Seguindo quanto aos exemplos, o *duty to mitigate the loss* foi aplicado em acórdão publicado no *Informativo* n. *439* do STJ. Vejamos a ementa do julgado que melhor elucida a incidência do instigante conceito:

> "Direito civil. Contratos. Boa-fé objetiva. *Standard* ético-jurídico. Observância pelas partes contratantes. Deveres anexos. *Duty to mitigate the loss*. Dever de mitigar o próprio prejuízo. Inércia do credor. Agravamento do dano. Inadimplemento contratual. Recurso improvido. 1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade. 2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico. 3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. *Duty to mitigate the loss*: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade. 4. Lição da doutrinadora Véra Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o consequente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano. 5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária (exclusão de um ano de ressarcimento). 6. Recurso improvido" (STJ, REsp 758.518/PR, 3.ª Turma, Rel. Des. Conv. Vasco Della Giustina, j. 17.06.2010, *DJE* 1.º.07.2010).

Por fim, a respeito das ilustrações, a este autor parece que há uma relação direta entre o *duty to mitigate the loss* e a cláusula de *stop loss*, tema analisado pelo mesmo Superior Tribunal de Justiça no ano de 2014. Nos termos de julgado publicado no *Informativo* n. *541* da Corte Superior, "a instituição financeira que, descumprindo o que foi oferecido a seu cliente, deixa de acionar mecanismo denominado *stop loss* pactuado em contrato de investimento incorre em infração contratual passível de gerar a obrigação de indenizar o investidor pelos prejuízos causados. Com efeito, o risco faz parte da aplicação em fundos de investimento, podendo a instituição financeira criar mecanismos ou oferecer garantias próprias para reduzir ou afastar a possibilidade de prejuízos decorrentes das variações observadas no mercado financeiro interno e externo. Nessa linha intelectiva, ante a possibilidade de perdas no investimento, cabe à instituição prestadora do serviço

informar claramente o grau de risco da respectiva aplicação e, se houver, as eventuais garantias concedidas contratualmente, sendo relevantes as propagandas efetuadas e os prospectos entregues ao público e ao contratante, os quais obrigam a contratada. Neste contexto, o mecanismo *stop loss*, como o próprio nome indica, fixa o ponto de encerramento de uma operação financeira com o propósito de 'parar' ou até de evitar determinada 'perda'. Assim, a falta de observância do referido pacto permite a responsabilização da instituição financeira pelos prejuízos suportados pelo investidor. Na hipótese em foco, ainda que se interprete o ajuste firmado, tão somente, como um regime de metas quanto ao limite de perdas, não há como afastar a responsabilidade da contratada, tendo em vista a ocorrência de grave defeito na publicidade e nas informações relacionadas aos riscos dos investimentos" (STJ, REsp 656.932/SP, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 24.04.2014).

Com esse importante e instigante conceito parcelar, encerra-se o estudo da boa-fé objetiva.

5.3.6 Princípio da relatividade dos efeitos contratuais

O contrato, como típico instituto de direito pessoal, gera efeitos *inter partes*, em regra, máxima que representa muito bem o princípio em questão. Contrapõe-se tal regramento, inerente ao direito obrigacional, à eficácia *erga omnes* dos direitos reais, regidos pelo princípio da publicidade.

De qualquer forma, o princípio da relatividade dos efeitos contratuais, consubstanciado na antiga máxima *res inter alios*, encontra exceções, na própria codificação privada. Em outras palavras, é possível afirmar que o contrato também gera efeitos perante terceiros. Quatro exemplos de exceções podem ser destacados:

1.ª Exceção) A estipulação em favor de terceiro, tratada entre os arts. 436 a 438 do CC – hipótese em que um terceiro, que não parte do contrato, é beneficiado por seus efeitos, podendo exigir o seu adimplemento. Exemplo típico é o que ocorre no contrato de seguro de vida, em que consta terceiro como beneficiário. Esse contrato é celebrado entre segurado e seguradora, mas os efeitos atingem um terceiro que consta do instrumento, mas que não o assina. Em suma, na estipulação em favor de terceiro, os efeitos são *de dentro para fora do contrato*, ou seja, *exógenos*, tornando-se uma clara exceção à relativização contratual.

2.ª Exceção) A promessa de fato de terceiro (arts. 439 e 440 do CC) – figura negocial pela qual determinada pessoa promete qı uma determinada conduta seja praticada por outrem, sob pena de responsabilização civil. O art. 440 do CC, entretanto, enuncia que se o terceiro pelo qual o contratante se obrigou comprometer-se pessoalmente, estará o outro exonerado de responsabilidade. No caso, a promessa pessoal substitui a promessa feita por um terceiro, havendo uma cessão da posição contratual, pois o próprio terceiro é quem terá a responsabilidade contratual. O exemplo é o de um promotor de eventos que promete um espetáculo de um cantor famoso. Caso o cantor não compareça ao *show*, no melhor *estilo Tim Maia*, responderá aquele que fez a promessa perante o outro contratante. Todavia, se o próprio cantor assumiu pessoalmente o compromisso, não haverá mais a referida promessa de terceiro. Os efeitos são *de fora para dentro do contrato*, ou *endógenos*, porque a conduta de um estranho ao contrato repercute para dentro deste.

3.ª Exceção) O contrato com pessoa a declarar ou com cláusula *pro amico eligendo* (arts. 467 a 471 do CC) – no momento da conclusão do contrato, pode uma das partes reservar-se à faculdade de indicar a pessoa que deve adquirir os direitos e

assumir as obrigações dele decorrentes (art. 467 do CC). Tal figura é muito comum no contrato preliminar.

4.ª Exceção) A tutela externa do crédito ou eficácia externa da função social do contrato (art. 421 do CC) – repisando, veja-se o teor do Enunciado n. 21 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*: "A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito". Ainda para ilustrar, além do art. 608 do CC, poderia ser citado entendimento anterior da jurisprudência superior pelo qual a vítima de evento danoso poderia propor ação direta contra a seguradora, mesmo não havendo relação contratual direta entre as partes (STJ, Terceira Turma, REsp 228840, m.v., Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJU* 04.09.2000, p. 402 e STJ, 4.ª Turma, REsp 397229/MG, ac. un., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJU* 12.08.2002). Com maior relevo, a seguinte decisão: "A visão preconizada nestes precedentes abraça o princípio constitucional da solidariedade (art. 3.º, I, da CF/1988), em que se assenta o princípio da função social do contrato, este que ganha enorme força com a vigência do novo Código Civil (art. 421). De fato, a interpretação do contrato de seguro dentro desta perspectiva social autoriza e recomenda que a indenização prevista para reparar os danos causados pelo segurado a terceiro seja por este diretamente reclamada da seguradora. Assim, sem se afrontar a liberdade contratual das partes – as quais quiseram estipular uma cobertura para a hipótese de danos a terceiros –, maximiza-se a eficácia social do contrato com a simplificação dos meios jurídicos pelos quais o prejudicado pode haver a reparação que lhe é devida. Cumpre-se o princípio da solidariedade e garante-se a função social do contrato" (REsp 444.716/BA, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 11.05.2004). Todavia, cumpre anotar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acabou por rever esse seu entendimento anterior, passando a concluir que a vítima não pode ingressar com ação apenas e diretamente contra a seguradora do culpado, mas somente contra ambos. Vejamos os principais trechos de um dos acórdãos publicado no seu *Informativo n. 490*: "Recurso repetitivo. Seguro de responsabilidade civil. Ajuizamento direto exclusivamente contra a seguradora. A Seção firmou o entendimento de que descabe ação do terceiro prejudicado ajuizada, direta e exclusivamente, em face da seguradora do apontado causador do dano, porque, no seguro de responsabilidade civil facultativo, a obrigação da seguradora de ressarcir os danos sofridos por terceiros pressupõe a responsabilidade civil do segurado, a qual, de regra, não poderá ser reconhecida em demanda na qual este não interveio, sob pena de vulneração do devido processo legal e da ampla defesa. Esse posicionamento fundamenta-se no fato de o seguro de responsabilidade civil facultativa ter por finalidade neutralizar a obrigação do segurado em indenizar danos causados a terceiros nos limites dos valores contratados, após a obrigatória verificação da responsabilidade civil do segurado no sinistro. Em outras palavras, a obrigação da seguradora está sujeita à condição suspensiva que não se implementa pelo simples fato de ter ocorrido o sinistro, mas somente pela verificação da eventual obrigação civil do segurado. Isso porque o seguro de responsabilidade civil facultativo não é espécie de estipulação a favor de terceiro alheio ao negócio, ou seja, quem sofre o prejuízo não é beneficiário do negócio, mas sim o causador do dano. Acrescente-se, ainda, que o ajuizamento direto exclusivamente contra a seguradora ofende os princípios do contraditório e da ampla defesa, pois a ré não teria como defender-se dos fatos expostos na inicial, especialmente da descrição do sinistro. (...)" (STJ, REsp 962.230/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 08.02.2012). O entendimento revisado causa estranheza, eis que, presente a solidariedade, a vítima pode escolher contra quem demandar (art. 275 do CC). Ademais, a nova posição acaba representando um retrocesso em relação ao entendimento anterior na perspectiva da função social do contrato. A demonstrar a discordância da doutrina quanto a essa alteração na jurisprudência do STJ, na *VI Jornada de Direito Civil*, em 2013, foi aprovado o Enunciado n. 544, que admite a ação proposta diretamente contra a seguradora. É a sua redação: "O seguro de responsabilidade civil facultativo garante dois interesses, o do segurado contra os efeitos patrimoniais da imputação de responsabilidade e o da vítima à indenização, ambos destinatários da garantia, com pretensão própria e independente contra a seguradora". Em suma, o debate parece ainda estar em aberto no Brasil.

A terminar o estudo dos princípios contratuais, voltando ao REsp 444.716/BA, nota-se que o voto prevalecente relaciona a função social do contrato a um dispositivo constante da Constituição Federal. Mais do que isso, fundamenta essa função social na solidariedade social, regramento de índole constitucional. Conforme anota Luciano Penteado, "A decisão orienta-se, de certo modo, em um sentido social que se vislumbra importante para fundar e explicar também o direito dos contratos,

o qual é subjacente a toda a temática dos terceiros e que, realmente, representa uma evolução no paradigma do direito privado individualista, pautado no princípio da autonomia privada contratual. Referenda ideia de que o contrato não é um elemento estranho ao corpo social em que celebrado e no qual se ambienta".[38] A mensagem do jurista serve muito bem para findar o presente tópico, lamentando-se a mudança daquele entendimento anterior do STJ.

5.4 A FORMAÇÃO DO CONTRATO PELO CÓDIGO CIVIL

O contrato nasce da conjunção de duas ou mais vontades coincidentes, sem prejuízo de outros elementos, o que consubstancia aquilo que se denomina *autonomia privada*. Sem o mútuo consenso, sem a alteridade, não há contrato. Desse modo, reunindo o que há de melhor na doutrina, é possível identificar quatro fases na formação do contrato civil:

- Fase de negociações preliminares ou de *puntuação*.
- Fase de proposta, policitação ou oblação.
- Fase de contrato preliminar.
- Fase de contrato definitivo ou de conclusão do contrato.[39]

As fases serão comentadas a partir das regras constantes no Código Civil de 2002, tendo como pano de fundo a melhor doutrina e a tendência jurisprudencial.

5.4.1 Fase de negociações preliminares ou de *puntuação*

Essa é a fase em que ocorrem debates prévios, entendimentos, tratativas ou conversações sobre o contrato preliminar ou definitivo. Cumpre assinalar que a expressão *puntuação* foi difundida, na doutrina clássica, por Darcy Bessone, estando relacionada a acordos parciais na fase pré-contratual. A origem está no francês *pourparlers* e no italiano *puntuazione* (antecontrato, declaração).

Essa fase não está prevista no Código Civil de 2002, sendo anterior à formalização da proposta, podendo ser também denominada fase de *proposta não formalizada*, estando presente, por exemplo, quando houver uma *carta de intenções* assinada pelas partes, em que elas apenas manifestam a sua vontade de celebrar um contrato no futuro.

Justamente por não estar regulamentado no Código Civil, não se pode dizer que o debate prévio vincula as partes, como ocorre com a proposta ou policitação (art. 427 do CC). Desse modo, não haveria responsabilidade civil contratual nessa fase do negócio, conforme ensina, por exemplo, Maria Helena Diniz.[40]

Este autor também entende que a fase de debates ou negociações preliminares não vincula os participantes quanto à celebração do contrato definitivo. Entretanto, está filiado ao entendimento segundo o qual é possível a responsabilização contratual nessa fase do negócio jurídico pela aplicação do princípio da boa-fé objetiva, que é inerente à eticidade, um dos baluartes da atual codificação privada. Nesse sentido, vale transcrever as palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, para quem:

> "Todavia, ao se dar início a um procedimento negocitório, é preciso observar sempre se, a depender das circunstâncias do caso concreto, já não se formou uma legítima expectativa de contratar. Dizer, portanto, que não há direito subjetivo de não contratar não significa dizer que os danos daí decorrentes não devam ser indenizados, haja vista que, como vimos, independentemente da imperfeição da norma positivada, o princípio da boa-fé objetiva também é aplicável a esta fase pré-contratual, notadamente os deveres acessórios de lealdade e confiança recíprocas."[41]

Como visto, de acordo com o art. 422 do atual Código Civil, a boa-fé deve integrar tanto a conclusão quanto a execução do contrato. Para a maioria da doutrina, esse dispositivo é o que traz a aplicação da boa-fé objetiva em todas as fases do negócio jurídico. Os Enunciados n. 25 e 170 do CJF/STJ reconhecem a aplicação da boa-fé objetiva em todas as fases pelas quais passa o contrato, incluindo a fase pré-contratual, de tratativas. Por tal caminho, aquele que desrespeita a boa-fé objetiva na fase de debates pode cometer abuso de direito (art. 187 do CC), o que gera o seu dever de indenizar. A responsabilidade do abusador ou violador da boa-fé é objetiva, conforme o sempre citado Enunciado n. 37 do CJF/STJ, aprovado na *I Jornada de Direito Civil* (2004). Por outro caminho, com relação à quebra dos deveres anexos, a qual conduz à *violação positiva do contrato*, a conclusão é a mesma, pelo teor do Enunciado n. 24 do CJF/STJ, também da *I Jornada*, eis que "em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa".

Por tudo isso, não há dúvidas de que é possível denotar uma responsabilização objetiva e de natureza contratual em casos tais, conclusão que também é retirada da análise do Código de Defesa do Consumidor (*responsabilidade pré-contratual*). A responsabilidade, em regra, não depende de culpa, seja pelo Enunciado n. 24, seja pelo 37, ambos do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, que consubstanciam o que há de melhor na doutrina civilista contemporânea.

De qualquer forma, deve-se ficar atento, pois a questão da natureza da responsabilidade civil pela quebra das negociações ainda não é pacífica na doutrina. Em estudo aprofundado sobre o tema, Cristiano de Souza Zanetti demonstra toda essa divergência.[42] Analisando o direito nacional e estrangeiro, aponta que são partidários de uma solução contratual para essa ruptura: Ihering, Luigi Mengoni, Salvatore Romano, Francesco Benatti, Adriano de Cupis e Francesco Galgano. Essa primeira corrente, à qual se filia, é, assim, forte no direito italiano. Por outra via, são partidários da solução extracontratual, corrente que acaba prevalecendo e à qual Cristiano Zanetti está alinhado:

Saleilles, Faggella, Mário Júlio de Almeida Costa, Antonio Chaves, Antonio Junqueira de Azevedo, Carlos Alberto Bittar, Caio Mário da Silva Pereira e Maria Helena Diniz. Por fim, propondo soluções intermediárias baseadas, sobretudo, nos bons costumes, está alinhado Pontes de Miranda.

Em suma, deve-se concluir que não é incorreto afirmar que *a fase de puntuação* gera deveres às partes, pois em alguns casos, diante da confiança depositada, a quebra desses deveres pode gerar a responsabilização civil. Esse entendimento constitui indeclinável evolução quanto à matéria, havendo divergência apenas quanto à natureza da responsabilidade civil que surge dessa fase negocial.

5.4.2 Fase de proposta, policitação ou oblação

A fase de proposta, denominada fase de *oferta formalizada, policitação* ou *oblação*, constitui a manifestação da vontade de contratar, por uma das partes, que solicita a concordância da outra. Trata-se de uma declaração unilateral de vontade receptícia, ou seja, que só produz efeitos ao ser recebida pela outra parte. Conforme o art. 427 do CC, a proposta vincula o proponente, gerando o dever de celebrar o contrato definitivo sob pena de responsabilização pelas perdas e danos que o caso concreto demonstrar.

Esse *caráter receptício* é mantido se a promessa for direcionada ao público, conforme enuncia o art. 429 do CC, hipótese em que o oblato é determinável, não determinado. Também nessa hipótese, a proposta vincula aquele que a formulou quando encerrar os requisitos essenciais do contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos. Em complemento, é possível revogar a oferta ao público, pela mesma via da divulgação, desde que ressalvada esta faculdade na oferta realizada, isto é, desde que respeitado o dever de informar a outra parte (art. 429, parágrafo único, do CC). Como exemplo de hipótese de oferta ao público, cite-se a comum e contemporânea oferta de venda feita pela internet.

São partes da proposta:

- *Policitante, proponente* ou *solicitante* – aquele que formula a proposta, estando a ela vinculado, em regra.
- *Policitado*, *oblato* ou *solicitado* – aquele que recebe a proposta e, se a acatar, torna-se *aceitante*, o que gera o aperfeiçoamento do contrato (*choque ou encontro de vontades*). O oblato poderá formular uma contraproposta, situação em que os papéis se invertem: o proponente passa a ser oblato e vice-versa.

Sobre a manifestação da vontade na proposta e na aceitação, o Código Civil exige que esteja revestida pelas seguintes características:

Proposta (ou oferta, policitação ou oblação) – Deve ser *séria*, *clara*, *precisa* e *definitiva* – art. 427.
Aceitação – Deve ser *pura e simples* – art. 431.

O art. 428 do CC consagra hipóteses em que a proposta deixa de ser obrigatória. Vejamos:

– Deixa de ser obrigatória a proposta, se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita (art. 428, I). Esse mesmo dispositivo enuncia que deve ser considerada entre presentes a proposta feita por telefone ou outro meio semelhante, podendo nesse dispositivo se enquadrar o contrato eletrônico celebrado entre presentes (*v.g.*, por videoconferência digital ou pelo *Skype*). A categoria jurídica em questão é denominada pela doutrina como *contrato com declaração consecutiva*.[43]

– Não será obrigatória a proposta se, feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente (art. 428, II, do CC). Trata-se do *contrato com declarações intervaladas*.[44] O *tempo suficiente* é um conceito legal indeterminado denominado como *prazo moral*, deve ser analisado caso a caso pelo juiz, de acordo com a boa-fé, os usos e costumes do local e das partes (art. 113 do CC).

– Não será obrigatória a proposta se, feita a pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado pelo proponente (art. 428, III, do CC).

– Por fim, não obriga a proposta, se antes dela ou juntamente com ela, chegar ao conhecimento da outra parte – o oblato – a retratação do proponente (art. 428, IV, do CC).

Em complemento à norma, o art. 430 do CC dispõe que, se a aceitação, por circunstância imprevista, chegar tarde ao conhecimento do proponente, este comunicará o fato imediatamente ao aceitante, sob pena de responder por perdas e danos. Esse dispositivo que já constava do Código anterior (art. 1.082) reafirma a boa-fé objetiva, que também deve ser aplicada à fase de proposta, uma vez que consagra o dever de informar a outra parte. Tal dever se consubstancia na comunicação do recebimento da proposta sob pena de responsabilização, nos moldes dos arts. 402 a 404 do CC, e sempre sem prejuízo de danos imateriais.

Sob outro aspecto, presente uma aceitação fora do prazo, com adições, restrições ou modificações, haverá nova proposta, de forma a inverterem-se os papéis entre as partes, conforme comentado (art. 431 do CC). A figura prevista é justamente a conhecida *contraproposta*, tão comum em casos que envolvem as negociações pré-contratuais.

Enuncia o art. 432 do Código que, se o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, caso não chegue a tempo a recusa. Esse dispositivo trata da aceitação tácita ou *silêncio eloquente*, que é possível no contrato formado entre ausentes. O dispositivo é criticado por parte da doutrina, pelo fato de contrariar a regra contida no art. 111 do CC, segundo a qual, *quem cala não consente*: "O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa". Afirmam Cristiano de Souza Zanetti e Bruno Robert que "o teor do

art. 432, em resumo, consagraria uma presunção legal de formação do contrato, não por força do encontro de manifestações, mas sim com base em uma ficção legal, de impossível conciliação com os princípios que regem a conclusão dos negócios jurídicos”.[45]

Após serem analisados esses preceitos gerais, é primaz o estudo das regras específicas quanto a essas duas situações básicas relativas à formação dos contratos em geral. Inicialmente, deve-se entender formado o contrato *entre presentes* – ou *inter praesentes* – quando houver uma facilidade de comunicação entre as partes para que a proposta e a aceitação sejam manifestadas em um curto período de tempo. Como não há critérios fixados pela lei, cabe análise caso a caso, particularmente diante dos novos meios de comunicação à distância.

Por outra via, o contrato será considerado formado *entre ausentes* – ou *inter absentes* – quando não houver tal facilidade de comunicação quanto à relação *pergunta-resposta*. O exemplo clássico de contrato *inter absentes* é o *contrato epistolar* cuja proposta é formulada por carta, via correio. Entretanto, diante dos novos métodos de comunicação eletrônica, tal figura contratual perdeu a sua importância prática.

Pois bem, outrora foi demonstrado que caso o negócio seja formado *entre presentes*, a proposta ou oferta pode estipular ou não prazo para a aceitação. Se não houver prazo, a aceitação deverá ser manifestada imediatamente. Porém, se houver prazo, deverá ser pronunciada no termo concedido, sob pena de reputar-se não aceita, ressalvados os casos de aceitação tácita. Então, o contrato entre presentes é formado a partir do momento em que o oblato aceita a proposta, ou seja, torna-se aceitante, por ter ocorrido o *choque ou encontro de vontades* das partes envolvidas.

Sob outro prisma, se a formação ocorrer *entre ausentes*, o contrato deve ser reputado como concluído a partir do momento em que a aceitação for expedida (art. 434, *caput*, do CC). Dessa maneira, conclui-se que o Código Civil em vigor, assim como o anterior, continua adotando a *teoria da agnição* – ou da *informação –, na subteoria da expedição*, como regra geral.

Entretanto, tal regra comporta exceções, sendo certo que o Código Civil ainda adota a *teoria da agnição, na subteoria da recepção*, pela qual o contrato é formado quando a proposta é aceita e recebida pelo proponente (art. 434, I, II e III c/c o art. 433, ambos do CC). Essa teoria deve ser aplicada nos seguintes casos:

1.º) *S*e antes da aceitação ou com ela chegar ao proponente a retratação do aceitante.

2.º) *S*e o proponente se houver comprometido a esperar resposta, hipótese em que as partes convencionaram a aplicação da *subteoria da recepção*.

3.º) *S*e a resposta não chegar no prazo convencionado (outra hipótese em que houve convenção entre as partes de aplicação da *subteoria da recepção*).

ATENÇÃO: Por tais comandos legais, é correto afirmar que o Código Civil de 2002 adotou tanto a teoria da expedição

quanto a da recepção, sendo a primeira regra e a segunda exceção, de acordo com a própria organização da matéria no Código em vigor. A grande dúvida reside sobre a formação do contrato eletrônico celebrado entre ausentes, como é o caso da contratação por *e-mail*, segundo o entendimento majoritário. O que prevalece na doutrina nacional é a aplicação da teoria da recepção, o que pode ser retirado do Enunciado n. 173 do CJF/STJ, aprovado na *III Jornada de Direito Civil*: "A formação dos contratos realizados entre pessoas ausentes, por meio eletrônico, completa-se com a recepção da aceitação pelo proponente". De toda sorte, alerte-se que o Projeto de Lei 281/2012, que pretende tratar dos contratos eletrônicos dentro do Código de Defesa do Consumidor, propõe a inserção, em nosso sistema, da *teoria da confirmação*, chamada na Europa de teoria do *duplo clique*. Por essa teoria, o contrato eletrônico é formado com a confirmação do recebimento da aceitação pelo proponente originário. Ao presente autor parece salutar a aprovação da proposição legislativa, pois a teoria da confirmação traz mais segurança à formação dos contratos digitais, superando as duas velhas teorias que estão tratadas pelo Código Civil, pensadas para o contrato epistolar, formado por cartas.

Para terminar o estudo desta fase, anote-se que, segundo o art. 435 da atual codificação, "reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto". Eventualmente, e por uma questão lógica, caso haja contraproposta, o local do contrato deve ser reputado onde essa última foi formulada. Repise-se que a norma vale para os contratos nacionais, pois para os contratos internacionais, determina o art. 9.º, § 2.º, da Lei de Introdução que "a obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente".

5.4.3 Fase de contrato preliminar

O contrato preliminar, pré-contrato ou *pactum de contrahendo* encontra-se tratado na atual codificação privada, como novidade, entre os arts. 462 a 466. Contudo, vale esclarecer que a fase de contrato preliminar não é obrigatória entre as partes, sendo dispensável. Na prática, muitas vezes, o contrato preliminar é celebrado em compra e venda de imóvel para dar mais segurança às partes, notadamente em relação ao preço convencionado.

Dispõe o primeiro dispositivo relativo ao tema que o contrato preliminar, exceto quanto à forma, terá os mesmos requisitos essenciais do contrato definitivo (art. 462 do CC). Em suma, o contrato preliminar exige os mesmos requisitos de validade do negócio jurídico ou contrato, previstos no art. 104 do CC, com exceção da forma prescrita ou não defesa em lei. Sendo assim, no caso de uma compra e venda de imóvel, de qualquer valor, o contrato preliminar dispensa a escritura pública.

Basicamente, dois são os tipos de contrato preliminar previstos no Direito brasileiro, intitulados como *compromissos de contrato*. Para tal conceituação, serão utilizados os ensinamentos de Maria Helena Diniz constantes em suas obras e das aulas ministradas no curso de mestrado da PUCSP, entre os anos de 2002 e 2003.[46]

a) Compromisso unilateral de contrato ou contrato de opção.

Hipótese em que as duas partes assinam o instrumento, mas somente uma das partes assume um dever, uma obrigação de fazer o contrato definitivo. Assim, existe para o outro contratante apenas uma *opção* de celebrar o contrato definitivo. Essa forma de contrato preliminar está prevista no art. 466 do atual Código Civil, pelo qual: "Se a promessa de contrato for unilateral, o credor, sob pena de ficar a mesma sem efeito, deverá manifestar-se no prazo nela previsto, ou, inexistindo este, no que lhe for razoavelmente assinado pelo devedor".

Essa figura contratual *era* observada no arrendamento mercantil ou *leasing*, uma vez que o arrendatário do bem *podia* assumir a opção de comprá-lo, mediante o pagamento, ao fim do contrato de locação, do *valor residual garantido* – VRG. As expressões verbais foram utilizadas no pretérito por ter havido uma alteração substancial no tratamento jurisprudencial relativo à matéria. Entendiam os Tribunais pela impossibilidade de antecipação do VRG, ou mesmo a sua diluição nas parcelas do financiamento relacionado com o arrendamento mercantil, o que descaracterizaria o contrato em questão, passando a haver uma compra e venda financiada. Esse, aliás, era o teor da Súmula 263 do STJ.

Entretanto, houve uma reviravolta na jurisprudência, passando a entender o próprio Superior Tribunal de Justiça que a antecipação do VRG não descaracteriza o *leasing*. A Súmula 263 não só foi cancelada, como também substituída por outra, a Súmula 293 do STJ, de maio de 2004, com a seguinte redação: "A cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil".

Por essa mudança de pensamento, parece a este autor que, caso haja a antecipação do VRG, não há mais que se falar em compromisso unilateral de compra e venda no *leasing*, pois o locatário já vem pagando o valor residual mês a mês, o que retira a sua opção de compra ao final do negócio locatício. Na verdade, surge dessa figura negocial um compromisso bilateral de compra e venda e não mais um contrato de opção. Com o pagamento do VRG mensalmente, no curso do contrato, também o arrendatário assumiu um compromisso de celebrar o contrato definitivo.

b) Compromisso bilateral de contrato.

As duas partes assinam o instrumento e, ao mesmo tempo, assumem a obrigação de celebrar o contrato definitivo. Para gerar os efeitos constantes no atual Código Civil, no contrato preliminar não poderá constar cláusula de arrependimento, conforme consta do art. 463 da codificação. Assim como ocorre com o compromisso unilateral de contrato, o compromisso bilateral pode ter como objeto bens móveis ou imóveis.

A grande questão surge quando o contrato preliminar tem como conteúdo a compra e venda de bens imóveis. Aqui, interessante verificar os efeitos quando esse compromisso é ou não registrado na matrícula do imóvel.

Cite-se de imediato o nosso entendimento, baseado no que consta da atual codificação privada e na melhor doutrina, segundo o qual haverá compromisso bilateral de compra e venda quando o instrumento não estiver registrado na matrícula do imóvel. Se ocorrer tal registro, estaremos diante de um direito real de aquisição do promitente comprador, previsto nos arts. 1.225, VII, 1.417 e 1.418 do Código Civil, sem prejuízo da legislação específica que do instituto já tratava.

Surge dúvida sobre essa diferenciação, eis que, pelo art. 463, parágrafo único, do atual Código Civil, "O contrato preliminar deverá ser levado ao registro competente". A questão é esclarecida pelo Enunciado n. 30 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, pelo qual: "A disposição do parágrafo único do art. 463 do novo Código Civil deve ser interpretada como fator de eficácia perante terceiros". Em suma, a palavra "deve", constante do comando legal em questão, merece ser interpretada como sendo um "pode". Melhor explicando, se o contrato não for registrado, haverá compromisso bilateral de contrato, gerando uma *obrigação de fazer*; se houver o registro, haverá direito real de aquisição do promitente comprador, gerando *obrigação de dar*.

Ato contínuo de estudo, se houver compromisso bilateral de compra e venda de imóvel não registrado, o compromissário-comprador terá três opções, caso o promitente-vendedor se negue a celebrar o contrato definitivo. Isso, frise-se, desde que não conste do compromisso cláusula de arrependimento:

> *1.ª Opção* – Pelo que consta do art. 463 do CC, pode o compromissário comprador exigir, por meio da tutela específica das obrigações de fazer, que o vendedor celebre o contrato definitivo (art. 461 do CPC).
>
> *2.ª Opção* – Se não ocorrer tal efetivação do contrato, ao ser esgotado o prazo assinalado na ação de obrigação de fazer para que a outra parte celebre o contrato definitivo, poderá o juiz suprir a vontade da parte inadimplente, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar (art. 464 do CC). Esse efeito somente é possível se a isso não se opuser a natureza da obrigação. Deve-se concluir que o efeito, aqui, é similar ao da adjudicação compulsória, desde que o comprador deposite em juízo o preço do imóvel. Isso faz com que continue aplicável a Súmula 239 do STJ, o que é confirmado pelo Enunciado n. 95 do Conselho da Justiça Federal, sendo certo que o direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro da promessa de compra e venda no registro imobiliário. Vale destacar o teor do Enunciado n. 95 do CJF/STJ, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*: "O direito à adjudicação compulsória (art. 1.418 do novo Código Civil), quando exercido em face do promitente vendedor, não se condiciona ao registro da promessa de compra e venda no cartório de registro imobiliário (Súmula 239 do STJ)". Esse entendimento pode ser aplicado a qualquer tipo de bem imóvel, pois o Código Civil consolida a matéria, antes tratada em leis especiais (Decreto-lei 58/1937, Decreto 3.079/1938, Leis 4.505/1964 e 6.766/1979).
>
> *3.ª Opção* – Caso o bem não interesse mais, poderá o compromissário-comprador requerer a conversão da obrigação de fazer em obrigação de dar perdas e danos, conforme aduz o art. 465 do CC.

Por essa visualização, foram traçadas as diferenças do compromisso bilateral de compra e venda de imóvel em relação ao *compromisso irretratável de compra e venda registrado na matrícula*. Contudo, outros comentários devem ser feitos, com vistas a um esclarecimento total do assunto.

A última figura citada não constitui contrato preliminar, no sentido categórico do termo contrato, mas um direito real de aquisição a favor do promitente comprador, que consta do inc. VII do art. 1.225 da codificação atual. Em decorrência desse instituto, surge uma obrigação de dar ou entregar o bem, de forma que não resta outra opção ao compromissário-comprador. Para fazer valer tal direito, o compromissário-comprador poderá ingressar com ação de adjudicação compulsória mediante depósito judicial do valor da coisa, caso não tenha ocorrido o pagamento anterior. Não há, como ocorre no compromisso bilateral de compra e venda, outras opções iniciais a favor do promitente comprador, como a de pleitear perdas e danos caso não exista mais interesse quanto ao bem.

Ainda no que interessa ao contrato preliminar, cumpre relembrar, por fim, que o Código Civil de 2002, em seus arts. 467 a 471, apresenta como novidade a tipificação do *contrato com pessoa a declarar* – cláusula *pro amico eligendo* –, com grande aplicação aos pré-contratos, principalmente quando envolverem compra e venda de imóveis.

Por tal figura jurídica, no momento da conclusão do contrato, pode uma das partes reservar-se a faculdade de indicar outra pessoa que deve adquirir os direitos e assumir as obrigações decorrentes do negócio.

Para que tenha efeitos, a indicação deve ser comunicada à outra parte no prazo de cinco dias da conclusão do negócio definitivo, se não houver outro prazo estipulado no pacto (art. 468 do CC), o que está em sintonia com o dever de informar, anexo à boa-fé objetiva. A pessoa nomeada assumirá todos os direitos e obrigações relacionados ao contrato a partir do momento em que este foi celebrado (art. 469). Nesse contexto, pode aquele que celebrou contrato preliminar de compra e venda indicar terceira pessoa que adquirirá o imóvel, retirando lucro de tal transação. Por fim, não terá eficácia a cláusula *pro amico eligendo* nos casos previstos no art. 470 do Código Civil, ou seja:

– Se não houver a indicação da pessoa, ou se esta se negar a aceitar a indicação.

– Se a pessoa nomeada for insolvente, fato desconhecido anteriormente, situação em que o contrato produzirá efeitos entre os contratantes originais (art. 471 do CC).

5.4.4 Fase de contrato definitivo

A última fase de formação do contrato é a fase do contrato definitivo, quando ocorre o *choque ou encontro de vontades* originário da liberdade contratual ou autonomia privada. A partir de então, o contrato estará aperfeiçoado, gerando todas as suas consequências como, por exemplo, aquelas advindas da responsabilidade civil contratual, retirada dos arts. 389 a 391.

Por fim, não se pode esquecer que a boa-fé objetiva, com todos os seus deveres anexos ou laterais, deve ser aplicada a essa fase, bem como à fase pós-contratual.

5.5 A REVISÃO JUDICIAL DOS CONTRATOS POR FATO SUPERVENIENTE NO CÓDIGO CIVIL E NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

5.5.1 Primeiras palavras

A revisão judicial dos contratos é tema de suma importância na atual realidade dos negócios jurídicos. Isso porque, muitas vezes, as questões levadas à discussão no âmbito do Poder Judiciário envolvem justamente a possibilidade de se rever um determinado contrato.

Sobre a matéria, tem-se defendido há tempos, amparado na melhor doutrina, que a extinção do contrato deve ser a *ultima ratio*, o último caminho a ser percorrido, somente se esgotados todos os meios possíveis de revisão.[47] Isso, diante do *princípio da conservação contratual* que é anexo à função social dos contratos. A relação entre os dois princípios é reconhecida pelo Enunciado n. 22 do CJF/STJ, transcrito em outros trechos da presente obra. Em reforço, a busca da preservação da autonomia privada é um dos exemplos da *eficácia interna* do princípio da função social dos contratos, reconhecida pelo Enunciado n. 360 do CJF/STJ.

Diante desse relevante papel social, a revisão judicial dos contratos deve ser estudada tendo como parâmetro tanto o Código Civil como o Código de Defesa do Consumidor. É importante que o estudioso do Direito tenha conhecimento de que a *revisão contratual por fato superveniente prevista no CDC não é igual à revisão contratual por fato superveniente prevista no novo CC*. Vejamos, de forma pontual.

5.5.2 A revisão contratual por fato superveniente no Código Civil de 2002

A matéria de revisão contratual por fato superveniente dos contratos civis pode ser retirada dos arts. 317 e 478 do CC, despertando uma série de polêmicas. De início, na opinião deste autor o primeiro comando é o que melhor traz o conteúdo da matéria de revisão, sendo o art. 478 dispositivo próprio da extinção dos contratos (resolução). Porém, destaque-se que para a maioria da doutrina, a última norma também pode ser utilizada para a revisão do contrato. Nesse sentido, o Enunciado n. 176 do CJF/STJ, da *III Jornada de Direito Civil* ("Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual").

Como outra controvérsia, surgem duas correntes bem definidas sobre a teoria adotada pelo CC/2002 a respeito da revisão contratual por fato superveniente:

– A *primeira corrente doutrinária* afirma que o atual Código Civil consagrou a teoria da imprevisão, de origem francesa, que remonta à antiga cláusula *rebus sic stantibus*.[48] Estamos filiados a essa corrente, que parece ser a majoritária, pois predomina na prática a análise do fato imprevisível a possibilitar a revisão por fato superveniente. Na jurisprudência do mesmo modo predominam as menções à teoria da imprevisão (entre os mais recentes: STJ, AgRg no Ag 1.104.095/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, 3.ª Turma, j. 12.05.2009, *DJe* 27.05.2009 e STJ, AgRg no REsp 417.989/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, 2.ª Turma, j. 05.03.2009, *DJe* 24.03.2009).

– Para uma *segunda corrente*, o Código Civil de 2002 adotou a teoria da onerosidade excessiva, com inspiração no Código Civil Italiano de 1942, eis que o nosso art. 478 equivale ao art. 1.467 do *Codice*.[49]

Deve ficar bem claro que a questão referente à teoria adotada pelo atual Código Civil no que toca à revisão contratual por fato superveniente é demais controvertida, sendo certo que, tanto na *III Jornada* (2004) quanto na *IV Jornada de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal (2006), não se chegou a um consenso a respeito do tema. Filia-se à primeira das visões pelo costume doutrinário e jurisprudencial, sendo certo que, de fato, o art. 478 do nosso Código Civil equivale ao art. 1.467 do Código italiano.

Todavia, a lei brasileira traz o art. 317, dispositivo que cuida mais adequadamente da matéria e não tem correspondente naquela codificação estrangeira. Essa é a fundamental diferença entre os sistemas. A partir dessas constatações, entendemos ser interessante dizer que, até afastando qualquer discussão acadêmica mais profunda quanto à teoria adotada, o Código Civil de 2002 consagra a *revisão contratual por fato superveniente diante de uma imprevisibilidade somada a uma onerosidade excessiva*.

Superada essa questão técnica, vejamos os requisitos para a revisão dos contratos civis, tendo como base os arts. 317 e 478 do CC e o posicionamento clássico da doutrina:

1.º Requisito – O contrato deve ser, em regra, bilateral ou sinalagmático, trazendo direitos e deveres para ambas as partes. Todavia, como exceção, o art. 480 do CC, que ainda será estudado, admite a revisão dos contratos unilaterais.

2.º Requisito – O contrato deve ser oneroso, com prestação e contraprestação, para que a eventual onerosidade excessiva esteja presente.

3.º Requisito – Deve assumir o negócio a forma comutativa, tendo as partes envolvidas ciência quanto às prestações. A revisão por imprevisibilidade e onerosidade excessiva não poderá ocorrer caso o contrato assuma a forma aleatória, em regra, instituto negocial tipificado nos arts. 458 a 461 do CC. Entretanto, como se sabe, os contratos aleatórios têm uma parte comutativa, como é o caso do prêmio pago nos contratos de seguro. Nesse sentido, é possível rever a parte comutativa desses contratos, diante da presença da onerosidade excessiva. Os Tribunais Brasileiros têm entendido dessa maneira, ao determinar a revisão de contratos de plano de saúde (TJSP, Agravo de Instrumento 366.368-4/3, 7.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Juiz Sousa Lima, Origem: Comarca de São Bernardo do Campo, j. 16.02.2005, v.u.). Não tem sido diferente a conclusão da doutrina, conforme o seguinte enunciado, aprovado na *V Jornada de Direito Civil*: “É possível a revisão ou resolução por excessiva onerosidade em contratos aleatórios, desde que o evento superveniente, extraordinário e imprevisível não se relacione à álea assumida no contrato” (Enunciado n. 440).

4.º Requisito – O contrato deve ser de execução diferida ou de trato sucessivo, ou seja, deve ainda gerar efeitos no tempo (art. 478 do CC). Em regra, não é possível rever contrato instantâneo, já celebrado e aperfeiçoado. Repise-se que o contrato de execução diferida é aquele em que o cumprimento ocorre de uma vez só no futuro. No contrato de trato sucessivo, o

cumprimento ocorre repetidamente no tempo, de forma sucessiva (*v.g.*, financiamentos em geral). Apesar do entendimento consagrado de não ser possível rever contrato instantâneo já aperfeiçoado, é interessante apontar o teor da Súmula 286 do STJ, segundo a qual a renegociação de contrato bancário ou a confissão de dívida não afasta a possibilidade de revisão de contratos extintos, se houver abusividade. Em suma, em casos excepcionais, admite-se a revisão de negócios concretizados.

5.º Requisito – Exige-se um motivo imprevisível (art. 317) ou acontecimentos imprevisíveis e extraordinários (art. 478). Eis aqui o grande problema da teoria adotada pelo CC/2002, pois poucos casos são enquadrados como *imprevisíveis* por nossos Tribunais, eis que a jurisprudência nacional sempre considerou o fato imprevisto tendo como parâmetro o mercado, o meio que envolve o contrato e não a parte contratante. A partir dessa análise, em termos econômicos, na sociedade pós-moderna globalizada, nada é imprevisto, tudo se tornou previsível. Ilustrando, não seriam imprevisíveis o aumento do dólar, o desemprego ou a escala inflacionária quanto ao último evento: (STJ, REsp 87.226/DF, 3.ª Turma, Rel. Min. Costa Leite, j. 21.05.1996, *DJ* 05.08.1996, p. 26.352). Em suma, o apego a tal análise torna praticamente impossível a revisão de um contrato civil. Como bem aponta Ênio Santarelli Zuliani a respeito da análise do fator imprevisibilidade, "não cabe esperar que os acontecimentos sejam espetaculares, porque, se não for minimizado o conceito de magnitude, poder-se-á estagnar o instituto no reino da fantasia".[50] Para flexibilizar tal interpretação, parte da doutrina recomenda que o evento seja analisado tendo como parâmetro a parte contratante e não o mercado. Nessa esteira, o Enunciado n. 17 do CJF/STJ, da *I Jornada*: "a interpretação da expressão 'motivos imprevisíveis', constante do art. 317 do Código Civil, deve abarcar tanto causas de desproporção não previsíveis como também causas previsíveis, mas de resultado imprevisíveis". No mesmo sentido, o Enunciado n. 175 do CJF/STJ, da *III Jornada:* "A menção à imprevisibilidade e à extraordinariedade, insertas no art. 478 do Código Civil, deve ser interpretada não somente em relação ao fato que gere o desequilíbrio, mas também em relação às consequências que ele produz". Em outras palavras, são levados em conta critérios subjetivos, relacionados com as partes negociais, o que é mais justo, do ponto de vista social. Isso seria uma espécie de *função social às avessas*, pois o fato que fundamenta a revisão é interpretado na interação da parte contratante com o meio, para afastar a onerosidade excessiva e manter o equilíbrio do negócio, a sua base estrutural. O presente autor está totalmente filiado ao entendimento constante dos enunciados doutrinários.

6.º Requisito – Para que a revisão judicial por fato imprevisto seja possível, deve estar presente a onerosidade excessiva (ou *quebra do sinalagma obrigacional*), situação desfavorável a uma das partes da avença, normalmente à parte mais fraca ou vulnerável, que assumiu o compromisso obrigacional. Essa onerosidade excessiva é denominada por Álvaro Villaça Azevedo como *lesão objetiva* ou *lesão enorme* (*laesio enormis*).[51] Deve-se entender que o fator *onerosidade*, a fundamentar a revisão ou mesmo a resolução do contrato, não necessita da prova de que uma das partes auferiu vantagens, bastando a prova do prejuízo e do desequilíbrio negocial. Nesse sentido, foi aprovado na *IV Jornada de Direito Civil* o Enunciado n. 365 do CJF/STJ: "a extrema vantagem do art. 478 deve ser interpretada como elemento acidental da alteração de circunstâncias, que comporta a incidência da resolução ou revisão do negócio por onerosidade excessiva, independentemente de sua demonstração plena".

Vistos tais requisitos fundamentais clássicos, é interessante expor três questões pontuais relativas à revisão contratual por fato superveniente.

A primeira tem relação com o Enunciado n. 366 do CJF/STJ, segundo o qual "o fato extraordinário e imprevisível causador de onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação". Segundo o autor do enunciado, o advogado e professor Paulo Roque Khouri: "O regime da 'onerosidade excessiva superveniente' não pode ser acionado diante de uma simples oscilação econômica para mais ou para menos do valor da prestação. Essa oscilação encontra-se coberta pelos riscos próprios da contratação compreendida pelos riscos próprios do contrato".[52] Diante da justificativa do enunciado doutrinário este autor posicionou-se de forma contrária ao seu conteúdo. Isso porque uma pequena oscilação de preço pode

trazer extrema onerosidade a uma parte que seja vulnerável, ou, no sentido literal da expressão, pobre. Imagine-se uma oscilação de R$ 100,00 na parcela de um financiamento. No caso de uma família de baixa renda, essa oscilação pode ser tida como absurda. Por isso é que se recomenda a análise caso a caso no que concerne ao teor do enunciado aprovado.

Cumpre também analisar, com segunda questão, a ausência de mora como requisito da revisão contratual. Destaque-se que tal elemento, a ausência de inadimplemento, não consta da lei para a ação de revisão, seja no art. 317 ou 478 do Código Civil. A jurisprudência continua discutindo a questão, havendo julgados recentes exigindo tal requisito (nesse sentido, por todos, ver: STJ, REsp 1.061.530/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 2.ª Seção, j. 22.10.2008, *DJe* 10.03.2009). Mais do que isso, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 380, prevendo que "A simples propositura da ação de revisão de contrato não inibe a caracterização da mora do autor".

Todavia, o próprio STJ tem feito um contraponto a respeito da mora, concluindo que a cobrança de valores abusivos por entidades bancárias descaracteriza esse inadimplemento relativo do devedor (nesse sentido: STJ, AgRg no REsp 979.132/RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4.ª Turma, j. 21.10.2008, *DJe* 03.11.2008). Os julgados estão inspirados no Enunciado n. 354 do CJF/STJ, da *IV Jornada de Direito Civil*, cuja redação é a seguinte: "a cobrança de encargos e parcelas indevidas ou abusivas impede a caracterização da mora do devedor". A grande dúvida é saber o que são encargos abusivos, uma vez que o próprio STJ tem entendimento de que as entidades bancárias não estão sujeitas às limitações da Lei de Usura. Nessa linha, também recentemente foi editada a Súmula 382, prevendo que "A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade".

De toda a sorte, para este autor, a ausência de mora não é requisito para a revisão do contrato. Compartilhando desse pensamento, anota Fábio Podestá:

> "Temos, portanto, que fechar as portas do devedor para a revisão judicial pela alegação contrária de que está em mora, não atende a qualquer rigor legal, especialmente porque o que está em jogo é a justiça contratual vinculada à necessária comutatividade das prestações".[53]

Tem razão o magistrado paulista, uma vez que na grande maioria das vezes aquele que está em mora é quem mais precisa da revisão, justamente para demonstrar a abusividade contratual.

Por fim, como terceira questão, reafirme-se que a jurisprudência, notadamente a superior, tem entendido pela necessidade de depósito da parte incontroversa, em juízo ou fora dele, para que a revisão contratual seja possível (por todos: STJ, AgRg no Ag 1.165.354/DF, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3.ª Turma, j. 15.12.2009, *DJe* 02.02.2010). Repise-se que a questão se concretizou de tal forma que foi introduzido dispositivo nesse sentido no Código de Processo Civil pela Lei 12.810/2013.

De acordo com o atual art. 285-B do Estatuto Processual, nos litígios que tenham por objeto obrigações decorrentes de empréstimo, financiamento ou arrendamento mercantil, o autor da ação de revisão contratual deverá discriminar na petição inicial, dentre as obrigações contratuais, aquelas que pretende controverter, quantificando o valor incontroverso. Em complemento, estabelece o seu § 1.º que o valor incontroverso deverá continuar sendo pago no tempo e no modo contratados. O entendimento jurisprudencial e o novo comando estão fundados na boa-fé objetiva, pois aquele que pretende a revisão deve demonstrar a sua pontualidade.

Na *opinio* deste autor, realizado o pagamento, de forma judicial ou extrajudicial, o credor deve recebê-lo, sob pena de violação da própria boa-fé. Como bem pondera Sérgio Iglesias Nunes de Souza, trata-se de aplicação do dever de mitigar o prejuízo (*duty to mitigate the loss*), aqui antes estudado. Pontua o jurista que, "caso o credor se recuse a receber a parcela do valor sob ordem judicial, a atitude daquele poderá afrontar o princípio do *duty to mitigate de loss* (dever de mitigar o próprio prejuízo), atualmente muito utilizada pelos tribunais brasileiros, já que não há crime de desobediência, ainda que assim fosse determinado pelo juiz da causa, pois este só existe na expressa hipótese legal (*nullum crime sine lege*), em que pese divergência de opiniões neste sentido".[54] Vejamos como a jurisprudência se pronunciará sobre tal situação no futuro.

5.5.3 A revisão contratual por fato superveniente no Código de Defesa do Consumidor

Como é notório, a Lei 8.078/1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, constitui norma de ordem pública e de interesse social, pelo que consta do seu art. 1.º, sendo também norma principiológica pela previsão expressa de proteção aos consumidores constante no Texto Maior, particularmente nos seus arts. 5.º, XXXII e 170, III.

Na esfera contratual, o CDC inseriu no sistema a regra de que mesmo uma simples onerosidade excessiva ao consumidor poderá ensejar a chamada revisão contratual por fato superveniente. Eis a redação do art. 6.º, V, da Lei 8.078/1990:

> "Art. 6.º São direitos básicos do consumidor: (...)
>
> V – a modificação das cláusulas contratuais que estabelecem prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas."

Como se pode notar, não há qualquer menção a eventos imprevisíveis ou extraordinários, sendo certo que o *Código de Defesa do Consumidor não adotou a teoria da imprevisão*. Há, no sistema consumerista, uma *revisão por simples onerosidade excessiva*, que não se confunde com a aclamada teoria.[55] Basta um fato novo, superveniente, que gerou o desequilíbrio. Na esteira desse

posicionamento, afirma-se que o Código de Defesa do Consumidor adotou a *teoria da base objetiva do negócio jurídico*, muito bem desenvolvida pelos alemães.[56]

Como exemplo de aplicação dessa premissa, cite-se a histórica revisão dos contratos de arrendamento mercantil (*leasing*), cujas parcelas do financiamento estavam atreladas à variação cambial. Com a alta do dólar frente ao real, em janeiro de 1999, tais negócios ficaram excessivamente onerosos aos consumidores, o que por si só motivou a revisão (nesse sentido, por todos, como principal precedente: STJ, Ag. no REsp 374.351/RS, 3.ª Turma, Rel. Min. Fátima Nancy Andrighi, Data da decisão: 30.04.2002, *DJ* 24.06.2002, p. 299).

Dessa forma, pelo entendimento jurisprudencial que ampara o posicionamento ao qual se filia, é forçoso concluir que, com a possibilidade de se rever um contrato por simples onerosidade excessiva, vislumbra-se um contrato amparado na *teoria da equidade contratual* ou na *teoria da base objetiva do negócio jurídico*, concebidas diante da tendência de socialização do Direito Privado, pela valorização da dignidade da pessoa humana, pela solidariedade social e pela igualdade material que deve sempre estar presente nos negócios jurídicos em geral. Essa ideia também está amparada no que consta no art. 170, VII, da Carta Política e Fundamental, qual seja, a busca da justiça social, um dos princípios gerais da atividade econômica.

Porém, destaca-se que não se concorda com a maneira pela qual a revisão dos contratos de arrendamento mercantil está sendo efetivada concretamente pelo Superior Tribunal de Justiça. Isso porque aquele Tribunal tem dividido essa onerosidade excessiva entre as partes contratantes de forma proporcional, por todos:

> "Direito do consumidor. *Leasing*. Contrato com cláusula de correção atrelada à variação do dólar americano. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Revisão da cláusula que prevê a variação cambial. Onerosidade excessiva. Distribuição dos ônus da valorização cambial entre arrendantes e arrendatários. Recurso parcialmente acolhido. I – Segundo assentou a jurisprudência das Turmas que integram a Segunda Seção desta Corte, os contratos de *leasing* submetem-se ao Código de Defesa do Consumidor. II – A cláusula que atrela a correção das prestações à variação cambial não pode ser considerada nula *a priori*, uma vez que a legislação específica permite que, nos casos em que a captação dos recursos da operação se dê no exterior, seja avençado o repasse dessa variação ao tomador do financiamento. III – Consoante o art. 6.º, V, do Código de Defesa do Consumidor, sobrevindo, na execução do contrato, onerosidade excessiva para uma das partes, é possível a revisão da cláusula que gera o desajuste, a fim de recompor o equilíbrio da equação contratual. IV – No caso dos contratos de *leasing* atrelados à variação cambial, os arrendatários, pela própria conveniência e a despeito do risco inerente, escolheram a forma contratual que no momento da realização do negócio lhes garantia prestações mais baixas, posto que o custo financeiro dos empréstimos em dólar era bem menor do que os custos em reais. A súbita alteração na política cambial, condensada na maxidesvalorização do real, ocorrida em janeiro de 1999, entretanto, criou a circunstância da onerosidade excessiva, a justificar a revisão judicial da cláusula que a instituiu. *V – Contendo o contrato opção entre outro indexador e a variação cambial e tendo sido consignado que os recursos a serem utilizados tinham sido captados no exterior, gerando para a arrendante a obrigação de pagamento em dólar, enseja-se a revisão da cláusula de variação cambial com base no art. 6.º, V, do Código de Defesa do Consumidor, para permitir a distribuição, entre arrendantes e arrendatários, dos ônus da modificação súbita da política cambial com a significativa valorização do dólar americano* (destacado)" (STJ, REsp 437.660/SP, 4.ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 08.04.2003, *DJ* 05.05.2003, p. 306, *RDDP*, vol. 6, p. 111, *RSTJ*, vol.

168, p. 412).

Com o devido respeito, não há como concordar com tal conclusão jurisprudencial, pois consumidores e empresas de *leasing* não estão em situação de igualdade para que o prejuízo seja distribuído de forma igualitária. De qualquer modo, os julgados devem ser considerados como majoritários para a prática do Direito Privado e para as provas em geral.

5.6 OS VÍCIOS REDIBITÓRIOS NO CÓDIGO CIVIL

Os vícios redibitórios, na versão atual, podem ser conceituados como sendo os defeitos que desvalorizam a coisa ou a tornam imprópria para uso. A matéria está tratada no Código Civil, entre os arts. 441 a 446, sendo aplicável aos contratos civis. O conceito ainda adotado pela doutrina majoritária indica que tais vícios são sempre os ocultos.[57]

Entretanto, como será exposto, o art. 445 do atual Código Civil diferencia os prazos nos casos em que os vícios podem ser conhecidos de imediato ou mais tarde, razão pela qual entendemos que a atual Codificação também trata dos vícios aparentes, como já fazia, mas de forma diferenciada, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990). Essa tese, ainda minoritária, já foi debatida pela doutrina, conforme posfácio de Mário Luiz Delgado à obra *Introdução Crítica ao Código Civil*.[58]

Concretizando, vejamos um exemplo envolvendo vício redibitório. Imagine-se que alguém compre um imóvel de um particular, que não é profissional nessa atividade de venda de imóveis, por R$ 300.000,00, e este apresente um sério problema de encanamento. Como não há relação de consumo, o caso envolve um vício redibitório, aplicando-se o Código Civil. Sendo assim, o adquirente terá a seu favor as opções e prazos previstos no art. 445 do CC, conforme será estudado mais adiante.

Na esteira da melhor doutrina, não há que se confundir o vício redibitório com o erro. No caso de vício redibitório o problema atinge o objeto do contrato, ou seja, a coisa. No erro o vício é do consentimento, atingindo a vontade, pois a pessoa se engana sozinha em relação a um elemento do negócio celebrado (arts. 138 a 144 do CC). Nos dizeres de José Fernando Simão:

> "Na hipótese de erro quanto ao objeto ou sobre a qualidade a ele essencial, *in ipso corpore rei*, a coisa é outra, diferente daquela que o declarante tinha em mente ao emitir a declaração, ou, ainda, falta-lhe uma qualidade importante. Exemplo clássico, já utilizado pelos romanos, é o dos candelabros prateados que o comprador adquire pensando serem de prata. Não há defeito ou vício intrínseco à coisa. O que ocorre é vício no consentimento, consentimento defeituoso, pois o declarante acreditava que eram realmente de prata. Se soubesse que os candelabros não eram de prata, o comprador sequer os teria comprado (o erro, nesse caso, é essencial). O defeito, como vício de consentimento, é subjetivo, há uma falsa ideia da realidade. Em última análise, o comprador não queria comprar. No caso de vício redibitório, o negócio é ultimado tendo em vista um objeto com aquelas qualidades que todos esperam que possua, *comum a todos os objetos da mesma espécie*. Porém, àquele objeto específico falta uma dessas qualidades, apresenta um defeito oculto, não comum aos demais objetos

da espécie. Nesse caso, o comprador realmente queria comprar aquela coisa, mas há defeito no objeto, o defeito como vício oculto é objetivo. Não há disparidade entre a vontade e a declaração”.[59]

Em complemento às lições de José Fernando Simão, insta verificar que as categorias se situam em planos distintos do contrato:

- Vício redibitório – plano da eficácia do contrato (resolução ou abatimento no preço).
- Erro – plano da validade (anulabilidade do contrato).

Por todos os ensinamentos transcritos, há uma garantia legal contra os vícios redibitórios nos contratos bilaterais (*sinalagmáticos*), onerosos e comutativos, caso da compra e venda. Devem ainda ser incluídas as doações onerosas, conforme preceitua o art. 441, parágrafo único, do CC, caso da *doação remuneratória* e da *doação modal ou com encargo*.

O adquirente prejudicado pelo vício redibitório pode fazer uso das *ações edilícias*, nos termos do art. 442 do CC. Anote-se que a expressão *edilícias* tem origem no Direito Romano, pois a questão foi regulamentada pela *aediles curules*, por volta do século II a.C., “com o objetivo de evitar fraudes praticadas pelos vendedores no mercado romano. Ressaltemos que os vendedores eram, em geral, estrangeiros (peregrinos) que tinham por hábito dissimular muito bem os defeitos da coisa que vendiam”.[60] Assim, poderá o adquirente, por meio dessas ações:

1) Pleitear abatimento proporcional no preço, por meio de ação *quanti minoris* ou *ação estimatória*.
2) Requerer a resolução do contrato (devolvendo a coisa e recebendo de volta a quantia em dinheiro que desembolsou), sem prejuízo de perdas e danos, por meio de *ação redibitória*. Para pleitear as perdas e danos, deverá comprovar a má-fé do alienante, ou seja, que o mesmo tinha conhecimento dos vícios redibitórios (art. 443 do CC). Todavia, a ação redibitória, com a devolução do valor pago e o ressarcimento das despesas contratuais, cabe mesmo se o alienante não tinha conhecimento do vício.

Em relação a essas possibilidades, merece aplicação o *princípio da conservação do contrato*, anexo à função social. Sendo assim, deve-se entender que a resolução do contrato é o último caminho a ser percorrido. Nos casos em que os vícios não geram grandes repercussões em relação à utilidade da coisa, não cabe a ação redibitória, mas apenas a ação *quanti minoris*, com o abatimento proporcional do preço. Anote-se que, segundo a doutrina, se o vício for insignificante ou ínfimo e não prejudicar as finalidades do contrato, não cabe sequer esse pedido de abatimento no preço.[61]

Outrossim, é pertinente deixar claro que a responsabilidade do alienante permanece ainda que a coisa pereça em poder do adquirente em virtude do vício oculto já existente no momento da entrega (art. 444 do CC). Aplicando a norma, concluiu o Tribunal do Distrito Federal que “assim, mesmo em

se tratando de veículo com quase dez anos de uso, deve o alienante responder pelo defeito oculto no motor, o qual após dois meses da venda veio a fundir, necessitando de retífica completa” (TJDF, Recurso Cível 2007.06.1.004531-8, Acórdão 339.162, 2.ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Rel. Juiz Jesuíno Rissato, *DJDFTE* 21.01.2009, p. 170).

Como as ações edilícias são constitutivas negativas, os prazos previstos no art. 445 do CC para tais demandas são decadenciais. Nesse sentido, o Enunciado n. 28 do CJF/STJ: “o disposto no art. 445, §§ 1.º e 2.º, do Código Civil reflete a consagração da doutrina e da jurisprudência quanto à natureza decadencial das ações edilícias”. Vejamos:

– Nos casos de vício que pode ser percebido imediatamente (art. 445, *caput*, do CC) – O adquirente decai do direito de obter a redibição ou abatimento no preço no prazo de trinta dias se a coisa for móvel, e de um ano se for imóvel, contado da entrega efetiva. Porém, se já estava na posse do bem, o prazo conta-se da alienação da coisa, reduzido à metade (15 dias para móvel e seis meses para imóvel). Cite-se como exemplo da última regra o caso de um locatário que adquire o bem, havendo uma tradição ficta (*traditio brevi manu* – possuía em nome alheio, agora possui em nome próprio).

– Quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde (art. 445, § 1.º, do CC) – O prazo contar-se-á do momento em que dele tiver ciência, até o prazo máximo de cento e oitenta dias, em se tratando de bens móveis; e de um ano, para os imóveis.

Consigne-se que a jurisprudência vem aplicando essa diferenciação dos prazos, conforme se extrai de julgado do Tribunal Paulista:

> “Compra e Venda. Alegação de vício redibitório. Ação de cobrança de valor destinado à recomposição do imóvel. Ação ajuizada antes de completado um ano da data em que a autora tomou conhecimento dos vícios ocultos. Decadência não configurada. Aplicação do artigo 445, § 1.º, do Código Civil. Imóvel sujeito a infiltrações, somente observadas quando da temporada de chuvas. Fato que não foi levado ao conhecimento da adquirente. Danos anteriores mascarados com a pintura recente do prédio. Valor de recomposição não impugnado. Sentença de procedência mantida. Agravos retidos da autora que restam prejudicados em face da decisão dada ao mérito da demanda. Apelação desprovida” (TJSP, Apelação Cível 617.558.4/4, Acórdão 3498071, Catanduva, 2.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Morato de Andrade, j. 03.03.2009, *DJESP* 26.03.2009).

De toda sorte, colaciona-se a existência de um entendimento em sentido diverso. Quando da *III Jornada de Direito Civil*, do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, foi aprovado o Enunciado n. 174, com teor controvertido, a saber: “Em se tratando de vício oculto, o adquirente tem os prazos do *caput* do art. 445 para obter redibição ou abatimento de preço, desde que os vícios se revelem nos prazos estabelecidos no parágrafo primeiro, fluindo, entretanto, a partir do conhecimento do defeito”. A proposta de enunciado foi formulada pelos professores Gustavo Tepedino e Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, da Universidade Estadual do Rio de Janeiro.

Esclarecendo o teor do enunciado doutrinário, ele está prevendo que, nos casos de vícios ocultos, o adquirente terá contra si os prazos de 30 dias para móveis e 1 ano para imóveis (art. 445,

caput, do CC), desde que os vícios surjam nos prazos de 180 dias para móveis e 1 ano para imóveis (art. 445, § 1.º, do CC), a contar da aquisição desses bens. Parte considerável da doutrina concorda com a aplicação do raciocínio.[62]

Entretanto, não há como concordar com essa via de solução. Isso porque a interpretação pode privilegiar condutas de má-fé. Imagine-se a situação em que alguém vende um imóvel *mascarando* um problema no encanamento, que somente estourará depois de um ano e meio da venda. Ora, seria ilógico pensar que não cabe a alegação de vício redibitório, principalmente levando-se em conta que um dos princípios contratuais do Código de 2002 é a boa-fé objetiva. Em síntese, mesmo respeitando o teor do enunciado doutrinário, a ele não se filia este autor, pois é confuso metodologicamente, podendo gerar implicações de ordem prática no caso de sua aplicação. Em conclusão, deve-se deduzir que os dois comandos legais previstos na ementa do Enunciado n. 174 não se complementam, tendo aplicação isolada de acordo com o tipo de vício no caso concreto.

A encerrar o estudo dos vícios redibitórios, duas observações devem ser feitas.

A primeira tem relação com a novidade constante do art. 445, § 2.º, do CC, pelo qual no caso de vendas de animais, os prazos de garantia quanto aos vícios redibitórios serão aqueles previstos na legislação ordinária especial. Essa lei especial pode ser o CDC, caso estejam presentes os elementos da relação de consumo (arts. 2.º e 3.º da Lei 8.078/1990). A título de exemplo, pode ser citada a compra por consumidores de animais de estimação em lojas especializadas ou *pet shops* (nesse sentido, ver: TJRS, Processo 71000962233, Data: 19.10.2006, Primeira Turma Recursal Cível, Juiz Rel. Ricardo Torres Hermann, Origem: Porto Alegre). Na falta de previsão legal, devem ser aplicados os usos e costumes locais, o que está em sintonia com a parte final do art. 113 do CC e com a concepção social do contrato. Na falta de usos é que incidem os prazos constantes do § 1.º do art. 445 do CC. Como os animais são bens móveis semoventes, em regra, aplica-se o prazo de 180 dias. Como se pode notar, a norma em comento subverte a ordem do art. 4.º da Lei de Introdução, eis que primeiro serão aplicados os costumes e só depois a analogia.

Por fim, como segunda observação, enuncia o art. 446 do CC que: "Não correrão os prazos do artigo antecedente na constância de cláusula de garantia; mas o adquirente deve denunciar o defeito ao alienante nos trinta dias seguintes ao seu descobrimento, sob pena de decadência". O dispositivo sempre gerou dúvidas, desde a entrada em vigor do Código Civil. Em verdade, trata o comando legal de prazo de garantia convencional que independe do legal e vice-versa, conforme consta do CDC (art. 50). Aqui, um dispositivo do CDC ajudará na interpretação de comando legal do Código Civil, havendo um *diálogo de complementaridade*.

Com efeito, na vigência de prazo de garantia (decadência convencional) não correrão os prazos legais (decadência legal), mas, diante do dever anexo de informação, inerente à boa-fé objetiva, o adquirente deverá denunciar o vício no prazo de trinta dias contados do seu descobrimento, sob pena de decadência. A dúvida relativa ao dispositivo gira em torno da decadência mencionada ao seu

final. Essa decadência se refere à perda da garantia convencional ou à perda do direito de ingressar com as ações edilícias?

Na opinião deste autor, a decadência referenciada no final do art. 446 do CC/2002 está ligada à perda do direito de garantia contratual e não ao direito de ingressar com as ações edilícias. Sendo assim, findo o prazo de garantia convencional ou não exercendo o adquirente o direito no prazo de 30 dias fixado no art. 446 do CC, iniciam-se os prazos legais previstos no art. 445 do CC. Essa é a melhor interpretação, dentro da ideia de justiça, pois, caso contrário, seria pior aceitar um prazo de garantia convencional, uma vez que o prazo de exercício do direito é reduzido para trinta dias. Interpretando dessa forma, leciona Maria Helena Diniz que "com o término do prazo de garantia ou não denunciando o adquirente o vício dentro do prazo de trinta dias, os prazos legais do art. 445 iniciar-se-ão".[63]

5.7 A EVICÇÃO

A evicção pode ser conceituada como sendo a perda da coisa diante de uma decisão judicial ou de um ato administrativo que a atribui a um terceiro. Quanto aos efeitos da perda, a evicção pode ser total ou parcial (arts. 447 a 457 do CC).

De toda a sorte, é interessante deixar claro que o conceito *clássico* de evicção é que ela decorre de uma *sentença judicial*. Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a evicção pode estar presente em casos de apreensão administrativa, não decorrendo necessariamente de uma decisão judicial (nesse sentido: STJ, REsp 259.726/RJ, 4.ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, Data da decisão: 03.08.2004, *DJ* 27.09.2004, p. 361).

Seguindo em parte esse último entendimento, a mesma Corte Superior, em acórdão mais recente, deduziu que a evicção não exige o trânsito em julgado da decisão para o devido exercício do direito. Conforme aresto publicado no seu *Informativo* n. *519*, julgou o STJ que, "para que o evicto possa exercer os direitos resultantes da evicção, na hipótese em que a perda da coisa adquirida tenha sido determinada por decisão judicial, não é necessário o trânsito em julgado da referida decisão. A evicção consiste na perda parcial ou integral do bem, via de regra, em virtude de decisão judicial que atribua seu uso, posse ou propriedade a outrem em decorrência de motivo jurídico anterior ao contrato de aquisição. Pode ocorrer, ainda, em razão de ato administrativo do qual também decorra a privação da coisa. A perda do bem por vício anterior ao negócio jurídico oneroso é o fator determinante da evicção, tanto que há situações em que os efeitos advindos da privação do bem se consumam a despeito da existência de decisão judicial ou de seu trânsito em julgado, desde que haja efetiva ou iminente perda da posse ou da propriedade e não uma mera cogitação da perda ou limitação desse direito. Assim, apesar de o trânsito em julgado da decisão que atribua a outrem a posse ou a propriedade da coisa conferir o respaldo ideal para o exercício do direito oriundo da

evicção, o aplicador do direito não pode ignorar a realidade comum do trâmite processual nos tribunais que, muitas vezes, faz com que o processo permaneça ativo por longos anos, ocasionando prejuízos consideráveis advindos da constrição imediata dos bens do evicto, que aguarda, impotente, o trânsito em julgado da decisão que já lhe assegurava o direito". Como se nota, a categoria é analisada socialmente, como deve ocorrer com os institutos privados na contemporaneidade.

E ponderando sobre a mudança conceitual de perspectiva na doutrina, arremata o Ministro Luis Felipe Salomão que, "com efeito, os civilistas contemporâneos ao CC/1916 somente admitiam a evicção mediante sentença transitada em julgado, com base no art. 1.117, I, do referido código, segundo o qual o adquirente não poderia demandar pela evicção se fosse privado da coisa não pelos meios judiciais, mas por caso fortuito, força maior, roubo ou furto. Ocorre que o Código Civil vigente, além de não ter reproduzido esse dispositivo, não contém nenhum outro que preconize expressamente a referida exigência. Dessa forma, ampliando a rigorosa interpretação anterior, jurisprudência e doutrina passaram a admitir que a decisão judicial e sua definitividade nem sempre são indispensáveis para a consumação dos riscos oriundos da evicção" (STJ, REsp 1.332.112/GO, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 21.03.2013).

Seguindo no estudo do instituto, da leitura do art. 447 do CC constata-se que há uma garantia legal em relação a essa perda da coisa, objeto do negócio jurídico celebrado, que atinge os contratos bilaterais, onerosos e comutativos, mesmo que tenha sido adquirida em hasta pública. A responsabilidade pela evicção de bem arrematado em hasta pública é novidade do Código Civil de 2002.

No que concerne à pessoa que responde em casos envolvendo a evicção de bem arrematado, parece mais correto o entendimento que afirma a responsabilidade imediata do devedor ou réu da ação, que é o primeiro beneficiado com a arrematação. Assim, o credor ou autor tem responsabilidade subsidiária, por ser beneficiado indiretamente.[64] Todavia, a questão não é pacífica, pois há quem entenda pela responsabilidade imediata do credor e subsidiária do devedor.[65] Da jurisprudência mineira, anote-se que pode ser encontrada decisão que aplica o último entendimento (TJMG, Apelação Cível 1.0702.03.039515-7/0011, Uberlândia, 14.ª Câmara Cível, Rel. Des. Elias Camilo, j. 12.11.2008, *DJEMG* 02.12.2008).

Pois bem, são partes da evicção (elementos subjetivos):

- O *alienante* – aquele que transfere a coisa viciada, de forma onerosa.
- O *evicto* ou adquirente – aquele que perde a coisa adquirida.
- O *evictor* ou terceiro – tem a decisão judicial ou a apreensão administrativa a seu favor.

Consigne-se que o art. 199, III, do Código Civil preconiza que não corre a prescrição, pendendo

a ação de evicção. Somente após o trânsito em julgado da sentença a ser proferida na ação em que se discute a evicção, com a decisão sobre a destinação do bem evicto, é que o prazo prescricional voltará a correr.

A responsabilidade pela evicção decorre da lei, assim não precisa estar prevista no contrato. Todavia, podem as partes reforçar a responsabilidade, atenuando ou agravando seus efeitos (art. 448 do Código Civil). Quanto ao reforço em relação à evicção, diante da vedação do enriquecimento sem causa, tem-se entendido que o limite é o dobro do valor da coisa, o que é correto, pela função social dos pactos.[66]

No que concerne à exclusão da responsabilidade, esta pode ocorrer desde que feita de forma expressa (cláusula de *non praestaenda evictione* ou cláusula de irresponsabilidade pela evicção), não se presumindo tal exclusão em hipótese alguma. Todavia, mesmo excluída a responsabilidade pela evicção, se esta ocorrer, o alienante responde pelo preço da coisa. Isso, se o evicto não sabia do risco da evicção ou, informado do risco, não o assumiu (art. 449 do Código Civil).

Fica claro que este autor segue o entendimento dominante pelo qual o alienante somente ficará totalmente isento de responsabilidade se pactuada a cláusula de exclusão ***e*** o adquirente for informado sobre o risco da evicção (sabia do risco e o aceitou). Pode-se assim utilizar as seguintes fórmulas, criadas por Washington de Barros Monteiro:[67]

– Cláusula expressa de exclusão da garantia + conhecimento do risco da evicção pelo evicto = isenção de toda e qualquer responsabilidade por parte do alienante.

– Cláusula expressa de exclusão da garantia – ciência específica desse risco por parte do adquirente = responsabilidade do alienante apenas pelo preço pago pelo adquirente pela coisa evicta.

– Cláusula expressa de exclusão da garantia, sem que o adquirente haja assumido o risco da evicção de que foi informado = direito deste de reaver o preço que desembolsou.

Não havendo a referida cláusula de exclusão da garantia pela evicção – cláusula de *non praestaenda evictione*, ou cláusula de irresponsabilidade pela evicção –, a responsabilidade do alienante será plena. Em casos tais, levando-se em conta o art. 450 do CC, poderá o evicto prejudicado pleitear do alienante, nos casos de *evicção total*:

1.º) A restituição integral do preço pago. Para tanto, se deve levar em conta o valor da coisa à época em que se perdeu, evitando-se o enriquecimento sem causa (art. 450, parágrafo único, do CC).

2.º) A indenização dos frutos que tiver sido obrigado a restituir ao evictor ou terceiro.

3.º) A indenização pelas despesas dos contratos e pelos prejuízos que diretamente resultarem da evicção (danos emergentes, despesas de escritura e registro e lucros cessantes, nos termos dos arts. 402 a 404 do CC; além de danos imateriais ou morais).

4.º) As custas judiciais e os honorários advocatícios do advogado por ele constituído.

5.º) Indenização pelas benfeitorias necessárias e úteis não abonadas ao evicto pelo evictor (art. 453 do CC). Porém, se as benfeitorias abonadas ao que sofreu a evicção tiverem sido feitas pelo alienante, o valor destas deverá ser levado em conta na restituição devida (art. 454 do CC).

Em complemento, enuncia o art. 451 do CC/2002 que a responsabilidade do alienante pela evicção total ou parcial permanece ainda que a coisa alienada esteja deteriorada, exceto havendo dolo do adquirente. Exemplificando, não poderá o adquirente haver a coisa deteriorada para si sabendo do vício e depois se insurgir, pleiteando o que consta do art. 450 do CC. Mas, se o evicto tiver auferido vantagens das deteriorações e não tiver sido condenado a pagar tais valores ao evictor, o valor dessas vantagens deverá ser deduzido da quantia pleiteada do alienante (art. 452 do CC), regra sintonizada com a vedação do enriquecimento sem causa.

Em havendo evicção parcial, duas são as regras previstas no art. 455 do CC, com destaque:

– Se a evicção for parcial, mas considerável, poderá o adquirente optar entre a rescisão do contrato *ou* a restituição da parte do preço correspondente ao desfalque.
– Sendo parcial a evicção, mas não considerável, poderá o evicto somente pleitear indenização correspondente à parte perdida (perdas e danos).

O grande problema é justamente saber o que é *evicção parcial considerável*. Em regra, pode-se afirmar que esta é aquela que supera a metade do valor do bem. Entretanto, também se pode levar em conta a *essencialidade* da parte perdida em relação às finalidades sociais e econômicas do contrato.[68] A título de exemplo, imagine-se o caso em que a parte menor da fazenda perdida é justamente a sua parte produtiva. A evicção, aqui, deve ser tida como parcial, mas considerável, cabendo a rescisão contratual.

Superados esses pontos, é interessante abordar as três principais questões processuais relativas à evicção.

Como *primeira questão processual* a estudar, dispõe o art. 456, *caput*, do CC que, “para poder exercitar o direito que da evicção lhe resulta, o adquirente notificará do litígio o alienante imediato, ou qualquer dos anteriores, quando e como lhe determinarem as leis do processo”. Utiliza-se a denunciação da lide, prevista no art. 70, I, do Código de Processo Civil, sendo a mesma *supostamente* obrigatória, para que o evicto possa exercer o direito que da evicção lhe resulta.

Porém, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento de que essa denunciação não é obrigatória, sendo possível reaver o preço da coisa por meio de ação própria, mesmo na falta da intervenção de terceiro (assim concluindo, entre numerosos acórdãos: STJ, AgRg no Ag 917.314/PR, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4.ª Turma, j. 15.12.2009, *DJe* 22.02.2010; STJ, REsp 132.258/RJ, Rel. Min. Nilson Naves, 3.ª Turma, *DJ* 17.04.2000, p. 56, *RDTJRJ* 44/52). Na mesma linha,

enunciado doutrinário aprovado na *V Jornada de Direito Civil* (2011), de autoria de Marcos Jorge Catalan: "A ausência de denunciação da lide ao alienante, na evicção, não impede o exercício de pretensão reparatória por meio de via autônoma" (Enunciado n. 434).

Como *segunda questão processual*, estabelece o Enunciado n. 29 do CJF/STJ, da *I Jornada de Direito Civil*: "a interpretação do art. 456 do novo Código Civil permite ao evicto a denunciação direta de qualquer dos responsáveis pelo vício". Trata-se da *denunciação da lide por salto (per saltum)*, que vem sendo admitida pelos próprios processualistas.[69] Isso, apesar de resistências entre os juristas dessa área do conhecimento.[70]

Em verdade, a *denunciação da lide por saltos* representa mais opções de demanda ao evicto prejudicado, tutelando mais efetivamente o direito material. Ademais, os efeitos contratuais são ampliados, além da primeira relação jurídica estabelecida, o que representa aplicação da eficácia externa da função social do contrato (art. 421 do CC e Enunciado n. 21 do CJF/STJ). Na jurisprudência nacional já podem ser encontradas decisões aplicando a justa e correta denunciação da lide *per saltum* (para ilustrar: TJES, Agravo de Instrumento 0050200-05.2012.8.08.0030, 1.ª Câmara Cível, Rel. Des. Fabio Clem de Oliveira, j. 19.02.2013, DJES 01.03.2013; TJMS, Agravo 0013928-91.2012.8.12.0000, 5.ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, DJMS 12.09.2012, p. 10; TJMG, Agravo 1.0702.08.457470-7/0011, Uberlândia, 13.ª Câmara Cível, Rel.ª Des.ª Cláudia Maia, j. 02.04.2009, *DJEMG* 18.05.2009).

Como *terceira e última questão processual*, constituindo inovação interessante, consta do art. 456, parágrafo único, do CC/2002, que "não atendendo o alienante à denunciação da lide, e sendo manifesta a procedência da evicção, pode o adquirente deixar de oferecer contestação, ou usar de recursos". O dispositivo afasta a aplicação, em casos tais, do art. 75, II, do Código de Processo Civil, *in verbis*: "Se o denunciado for revel, ou comparecer apenas para negar a qualidade que lhe for atribuída, cumprirá ao denunciante prosseguir na defesa até o final".

Como se nota, a redação do parágrafo único do art. 456 do CC estabelece justamente o contrário do que consta da norma processual. Mesmo assim, deverá prevalecer a primeira regra, pois se trata de norma especial e também de cunho processual, aplicável aos casos de evicção. Para os demais casos de denunciação da lide, continua tendo aplicação o art. 75, II, do CPC. Entre os processualistas, Fredie Didier Jr. vê a inovação com bons olhos, apontando que "ao mencionar expressamente a possibilidade do réu 'deixar de oferecer contestação, ou usar de recursos', o legislador refere-se exatamente ao conteúdo que a doutrina emprestava à locução 'prosseguir na defesa', contida no inciso II do art. 75 do CPC. Também aqui aparece a sintonia do legislador civilista com as manifestações doutrinárias em derredor do chamamento à autoria e, empós, da denunciação à lide".[71]

5.8 EXTINÇÃO DOS CONTRATOS

A matéria de extinção dos contratos sempre foi divergente na doutrina. Isso porque o Código Civil de 1916 não sistematizou a matéria, tarefa que sempre coube à doutrina, com grandes divergências entre os autores.

O Código Civil de 2002, muito melhor que a codificação anterior, trata da matéria entre os arts. 472 a 480. A tentativa de organização metodológica do assunto é, assim, elogiável. Entretanto, a codificação não esgota o tema, sendo interessante buscar socorro na melhor doutrina nacional, visando clarear o obscuro. Para facilitar esse trabalho de sistematização, foram utilizados os juristas que geralmente inspiram este autor.[72] Desse modo, pelo que consta do atual Código Civil e das lições da doutrina, quatro são as formas básicas de extinção dos contratos, das quais decorrem as demais:

I) Extinção normal do contrato.

II) Extinção por fatos anteriores à celebração.

III) Extinção por fatos posteriores à celebração.

IV) Extinção por morte.

Vejamos, de forma pontual e sucessiva.

5.8.1 Extinção normal dos contratos

Inicialmente, como primeira forma básica, o contrato poderá ser extinto de forma *normal*, pelo cumprimento da obrigação. A forma normal de extinção está presente, por exemplo, quando é pago o preço em obrigação instantânea; quando são pagas todas as parcelas em obrigação de trato sucessivo a ensejar o fim da obrigação; quando a coisa é entregue conforme pactuado; quando na obrigação de não fazer o ato não é praticado, entre outros casos possíveis.

Também haverá a extinção normal findo o prazo previsto para o negócio, ou seja, no seu termo final, desde que todas as obrigações pactuadas sejam cumpridas. Extinto o contrato, não há que se falar em obrigações dele decorrentes, em regra. Entretanto, não se pode esquecer que a boa-fé objetiva deve estar presente mesmo após a celebração do contrato (art. 422 do CC), sob pena de caracterização da violação de um dever anexo ou de abuso de direito (art. 187 do CC) – responsabilidade civil pós-contratual ou *post pactum finitum*.

5.8.2 Extinção por fatos anteriores à celebração

Como segunda forma básica, a extinção dos contratos pode se dar por motivos anteriores à celebração, surgindo três casos específicos relacionados a problemas de formação do contrato (plano da validade) ou à autonomia privada.

a) Invalidade contratual.

Haverá invalidade nos casos envolvendo o contrato nulo (eivado de nulidade absoluta) e o contrato anulável (presente a nulidade relativa ou anulabilidade). As regras quanto a essas hipóteses não se encontram no capítulo específico da teoria geral dos contratos (arts. 421 a 480 do Código Civil), mas na Parte Geral do Código Civil, particularmente nos seus arts. 166, 167 e 171. Remete-se, então, aquele que pretende maiores aprofundamentos ao Capítulo 2 desta obra (item 2.5.6).

b) Cláusula de arrependimento.

Constitui forma de extinção por fato anterior à celebração a previsão no negócio de direito de arrependimento, inserido no próprio contrato, hipótese em que os contraentes estipulam que o negócio será extinto, mediante declaração unilateral de vontade, se qualquer um deles se arrepender (*cláusula de arrependimento*).

Com a inserção dessa cláusula já existe uma intenção presumida e eventual de aniquilar o negócio, sendo assegurado um direito potestativo à extinção para a parte contratual. Esse direito de arrependimento, de origem contratual, não se confunde com o direito de arrependimento de origem legal previsto, por exemplo, no art. 49 do CDC, pelo qual, para as vendas realizadas fora do estabelecimento comercial, o consumidor tem um prazo de arrependimento de sete dias, a contar da assinatura do contrato ou do ato de recebimento do produto. São exemplos de vendas realizadas fora do estabelecimento comercial aquelas realizadas pela *internet* ou por catálogo.

c) Cláusula resolutiva expressa.

Pode existir previsão no negócio de uma cláusula resolutiva expressa, podendo um evento futuro e incerto (condição) acarretar a extinção do contrato. Justamente porque essa previsão consta da origem do pacto é que há a extinção por fato anterior ou contemporâneo à celebração. Enuncia o art. 474 do Código Civil que "a cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial". Assim, conforme enunciado aprovado na *V Jornada de Direito Civil*, "A cláusula resolutiva expressa produz seus efeitos extintivos independentemente de pronunciamento judicial" (Enunciado n. 436 do CJF/STJ), o que deve ser tido como regra.

Porém, é forçoso apontar que, em algumas situações, mesmo havendo uma cláusula resolutiva expressa, haverá necessidade de notificação da parte para constituí-la em mora. De início, isso ocorre nos casos de compromisso de compra e venda de imóveis loteados, conforme preveem o

Decreto-lei 58/1937 e a Lei 6.766/1979. Cite-se ainda a hipótese do *leasing*, estabelecendo a Súmula 369 do STJ que "No contrato de arrendamento mercantil (*leasing*), ainda que haja cláusula resolutiva expressa, é necessária a notificação prévia do arrendatário para constituí-lo em mora".

O exemplo típico de cláusula resolutiva expressa é o *pacto comissório contratual*, instituto que estava previsto pelo art. 1.163 do Código Civil de 1916 como cláusula especial da compra e venda. Estaria permitida a sua previsão no contrato, como cláusula resolutiva expressa ou haveria vedação, por suposta ilicitude do seu conteúdo? Na opinião deste autor, não há vedação para a sua previsão, principalmente porque os seus efeitos são próximos aos da exceção de contrato não cumprido, prevista para os contratos bilaterais (art. 476 do CC). Conclui-se, por tal, que o *pacto comissório contratual* enquadra-se no art. 474 do CC.[73]

Por fim, destaque-se que não se pode confundir essa figura negocial com o *pacto comissório real*, vedado no art. 1.428 do CC, dispositivo que prevê ser nula a cláusula que autoriza o credor de um direito real de garantia (penhor, hipoteca ou anticrese) a ficar com o bem dado em garantia sem levá-lo à excussão (ou execução). Os institutos jurídicos em estudo são totalmente distintos, particularmente quanto à categorização jurídica.

5.8.3 Extinção por fatos posteriores à celebração

Como terceira forma básica, o contrato pode ser extinto por fatos posteriores ou supervenientes à sua celebração. Toda vez em que há a extinção do contrato por fatos posteriores à celebração, tendo uma das partes sofrido prejuízo, fala-se em *rescisão contratual*. Nesse sentido, a ação que pretende extinguir o contrato nessas hipóteses é denominada *ação de rescisão contratual*, seguindo rito ordinário, em regra.

A partir dos entendimentos doutrinários referenciados no início do capítulo, pode-se afirmar que a *rescisão* (que é o gênero) possui as seguintes espécies: *resolução* (extinção do contrato por descumprimento) e *resilição* (dissolução por vontade bilateral ou unilateral, quando admissível por lei, de forma expressa ou implícita, pelo reconhecimento de um direito potestativo). As duas situações básicas envolvem o plano da eficácia do contrato, ou seja, o *terceiro degrau da Escada Ponteana*.

Com o devido respeito, parece estar superada a ideia de que o termo *rescisão* seria sinônimo de invalidade (nulo e anulável), como afirmavam Caio Mário da Silva Pereira e Orlando Gomes, entre os civilistas clássicos. O próprio Código Civil em vigor parece adotar a visão no sentido de ser a rescisão gênero das espécies resolução e resilição. De início, o art. 455 da Norma Privada adota a expressão rescisão no sentido de resolução, ao estabelecer que, "se parcial, mas considerável, for a evicção, poderá o evicto optar entre a rescisão do contrato e a restituição da parte do preço correspondente ao desfalque sofrido". Mais à frente, no tratamento relativo à prestação de serviços,

a palavra rescisão surge como resilição no art. 607 do CC/2002, que assim enuncia: "o contrato de prestação de serviço acaba com a morte de qualquer das partes. Termina, ainda, pelo escoamento do prazo, pela conclusão da obra, pela rescisão do contrato mediante aviso prévio, por inadimplemento de qualquer das partes ou pela impossibilidade da continuação do contrato, motivada por força maior". Pelas próprias dicções dos textos, constata-se facilmente que rescisão não está sendo utilizada com o sentido de ser nulo ou anulável o contrato correspondente.

Feito tal esclarecimento categórico, vejamos, pontualmente, o estudo da resolução e da resilição.

a) Resolução (descumprimento ou inadimplemento contratual).

A resolução pode estar presente em quatro hipóteses.

a.1) Inexecução voluntária.

A *resolução por inexecução voluntária* está relacionada com a impossibilidade da prestação por culpa ou dolo do devedor, podendo ocorrer tanto na obrigação de dar como nas obrigações de fazer e de não fazer. Conforme as regras que constam dos arts. 389 e 390 do CC, a inexecução culposa sujeitará a parte inadimplente ao ressarcimento pelas perdas e danos sofridos – danos emergentes, lucros cessantes, danos morais, estéticos e outros danos imateriais, de acordo com aquilo que pode ser interpretado à luz dos arts. 402 a 404 da codificação, da Constituição Federal e da atual jurisprudência.

Especificamente, determina o art. 475 do CC/2002 que a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato. Mas, se não preferir essa resolução, a parte poderá exigir da outra o cumprimento do contrato, de forma forçada, cabendo, em qualquer uma das hipóteses, indenização por perdas e danos. No tocante a essas perdas e danos, prevê o Enunciado n. 31 do CJF/STJ que dependem de imputação da causa da possível resolução. Em outras palavras, o enunciado doutrinário afirma que a resolução em perdas e danos depende da prova de culpa do devedor, ou seja, que a responsabilidade contratual é, em regra, subjetiva. A conclusão também é retirada do art. 392 do CC, que faz referência ao dolo e à culpa na responsabilidade contratual, tema abordado no Capítulo 3 desta obra.

Ainda no que interessa ao art. 475 do Código Civil em vigor, foi aprovado, na *IV Jornada de Direito Civil*, o Enunciado n. 361 do CJF/STJ, preconizando que "o adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475". O tema do adimplemento substancial foi abordado no Capítulo 3 desta obra, sendo de grande relevância para o Direito Privado. Assim, repise-se que pela teoria do adimplemento substancial (*substantial performance*),

em hipóteses em que o contrato tiver sido quase todo cumprido, não caberá a sua extinção, mas apenas outros efeitos jurídicos, caso da cobrança dos valores em aberto, visando sempre à manutenção da avença.

a.2) Inexecução involuntária.

O descumprimento contratual poderá ocorrer por fato alheio à vontade dos contratantes, situação em que estará caracterizada a *resolução por inexecução involuntária*, ou seja, as hipóteses em que ocorrer a impossibilidade de cumprimento da obrigação em decorrência de caso fortuito (evento totalmente imprevisível) ou de força maior (evento previsível, mas inevitável). Como consequência, a outra parte contratual não poderá pleitear perdas e danos, sendo tudo o que foi pago devolvido e retornando a obrigação à situação primitiva (*resolução sem perdas e danos*).

Por fim, quanto ao tema, destaque-se que existem hipóteses em que a parte contratual responde por caso fortuito ou pela força maior, a saber:

– Se o devedor estiver em mora, a não ser que prove ausência de culpa ou que a perda da coisa objeto da obrigação ocorreria mesmo não havendo o atraso (art. 399 do CC).

– Havendo previsão no contrato para a responsabilização por esses eventos por meio da *cláusula de assunção convencional* (art. 393 do CC), cuja validade é discutível nos contratos de consumo e de adesão.

– Em casos especificados em norma jurídica, como consta, por exemplo, do art. 583 do CC, para o contrato de comodato, segundo o qual "se correndo risco o objeto do comodato, juntamente com outros do comodatário, antepuser este a salvação dos seus abandonando o do comodante, responderá pelo dano ocorrido, ainda que se possa atribuir a caso fortuito, ou força maior".

a.3) Resolução por onerosidade excessiva.

Nos termos do art. 478 do CC, poderá ocorrer a resolução do negócio em decorrência de um evento extraordinário e imprevisível que dificulte extremamente o adimplemento do contrato, gerando a extinção do negócio de execução diferida ou continuada (trato sucessivo). Aqui está presente a utilização da resolução contratual por fato superveniente, em decorrência de uma imprevisibilidade e extraordinariedade somadas a uma onerosidade excessiva. Os efeitos da sentença que determinar a resolução retroagirão à data da citação do processo em que se pleiteia a extinção (efeitos *ex tunc*).

Repise-se que da forma como está previsto no art. 478, com a exigência literal de um fato imprevisível e extraordinário, é praticamente impossível a sua incidência. Todavia, é de se concordar com a previsão legal, eis que a extinção do contrato é medida extrema, somente possível em casos de situação insustentável para uma das partes, decorrente de evento totalmente imprevisível e extraordinário, tendo em vista a valorização da conservação contratual.

Entretanto, opinamos que melhor seria tecnicamente se a seção em que está inserido o art. 478 tivesse como título: "Da resolução por imprevisibilidade e onerosidade excessiva". Na verdade, sem a imprevisibilidade e extraordinariedade não poderá ocorrer a extinção do pacto, sendo esse o fator predominante para a discussão prática.

Aprofundando, quanto ao art. 478 do CC, merecem ser relembrados quatro enunciados doutrinários aprovados nas *Jornadas de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal e Superior Tribunal de Justiça.

O primeiro deles é o Enunciado n. 175 do CJF/STJ, pelo qual: "A menção à imprevisibilidade e à extraordinariedade, insertas no art. 478 do Código Civil, deve ser interpretada não somente em relação ao fato que gere o desequilíbrio, mas também em relação às consequências que ele produz". Como foi dito, esse enunciado tem redação muito parecida com a do Enunciado n. 17, determinando a análise da imprevisibilidade tendo em vista as consequências ou resultados para o contratante e não somente o mercado (aspectos subjetivos, relacionados com as partes contratantes). Aplicando essa ideia, cumpre destacar recente julgado do Tribunal Paulista:

> "Energia elétrica. Empresa exploradora de jogos de bingo. Celebração com concessionária de energia elétrica de contrato com previsão de consumo obrigatório de 80 kW mensais. Atividade da autora encerrada, em virtude de liminar em ação civil pública. Ajuizamento de ação declaratória de nulidade de cláusulas contratuais cumulada com repetição de indébito. Procedência. Admissibilidade. Onerosidade excessiva por fato imprevisível. Incidência do disposto nos artigos 478 e 480 do Código Civil. Apelação não provida" (TJSP, Apelação 992.09.032133-1, Acórdão 4293191, Santos, 36.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Romeu Ricupero, j. 28.01.2010, *DJESP* 12.02.2010).

Além desse, o outrora abordado Enunciado n. 176 do CJF/STJ possibilita a utilização do art. 478 também para a revisão do contrato: "Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual".

Ato contínuo de estudo, de acordo com o Enunciado n. 366, da *IV Jornada*, "o fato extraordinário e imprevisível causador de onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação". Com base na ideia constante do enunciado doutrinário, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem afastado a resolução ou a revisão dos contratos de safra, diante de eventos como chuvas, pragas e oscilações no preço, pois tais fatos poderiam ser previstos pelas partes contratantes (ver: REsp 835.498/GO, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3.ª Turma, j. 18.05.2010, *DJe* 01.06.2010). Sustenta-se, ainda, que o contrato é aleatório, não cabendo discussão quanto ao risco assumido (STJ, REsp 783.520/GO, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3.ª Turma, j. 07.05.2007, *DJ* 28.05.2007, p. 328). Mais recentemente, com base em trecho desta obra, do mesmo Tribunal, conforme publicação no seu *Informativo* n. *492*, colaciona-se:

> "Onerosidade excessiva. Contrato de safra futura de soja. Ferrugem asiática. Reiterando seu entendimento, a Turma decidiu que, nos contratos de compra e venda futura de soja, as variações de preço, por si só, não motivam a resolução contratual com base na teoria da imprevisão. Ocorre que, para a aplicação dessa teoria, é imprescindível que as circunstâncias que envolveram a formação do contrato de execução diferida não sejam as mesmas no momento da execução da obrigação, tornando o contrato extremamente oneroso para uma parte em benefício da outra. E, ainda, que as alterações que ensejaram o referido prejuízo resultem de um fato extraordinário e impossível de ser previsto pelas partes. No caso, o agricultor argumenta ter havido uma exagerada elevação no preço da soja, justificada pela baixa produtividade da safra americana e da brasileira, motivada, entre outros fatores, pela ferrugem asiática e pela alta do dólar. Porém, as oscilações no preço da soja são previsíveis no momento da assinatura do contrato, visto que se trata de produto de produção comercializado na bolsa de valores e sujeito às demandas de compra e venda internacional. A ferrugem asiática também é previsível, pois é uma doença que atinge as lavouras do Brasil desde 2001 e, conforme estudos da Embrapa, não há previsão de sua erradicação, mas é possível seu controle pelo agricultor. Sendo assim, os imprevistos alegados são inerentes ao negócio firmado, bem como o risco assumido pelo agricultor que também é beneficiado nesses contratos, pois fica resguardado da queda de preço e fica garantido um lucro razoável. Precedentes citados: REsp 910.537/GO, DJe 7/6/2010; REsp 977.007/GO, DJe 2/12/2009; REsp 858.785/GO, DJe 3/8/2010; REsp 849.228/GO, DJe 12/8/2010; AgRg no REsp 775.124/GO, DJe 18/6/2010, e AgRg no REsp 884.066/GO, DJ 18/12/2007" (STJ, REsp 945.166/GO, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 28.02.2012).

Tais conclusões demonstram quão difícil é a incidência do art. 478 do Código Civil, sendo praticamente impossível o preenchimento de todos os requisitos nele constantes para que as condições do contrato sejam revistas. Os julgados transcritos merecem ressalvas, eis que distantes da concretização do princípio da função social do contrato (art. 421 do CC). Isso, apesar da citação do presente autor no último deles.

Por fim, repise-se o Enunciado n. 365, da *IV Jornada de Direito Civil*, que dispensa a prova da extrema vantagem para a incidência do art. 478 do CC ("A extrema vantagem do art. 478 deve ser interpretada como elemento acidental da alteração de circunstâncias, que comporta a incidência da resolução ou revisão do negócio por onerosidade excessiva, independentemente de sua demonstração plena").

Pois bem, na ação de resolução contratual fundada no art. 478 do CC, é possível o caminho da revisão, aplicando-se os arts. 479 e 480 da mesma codificação.

Pelo primeiro dispositivo, o réu poderá oferecer-se a modificar de forma equitativa as condições do contrato. Quanto ao oferecimento da revisão pelo réu, o processualista Daniel Amorim Assumpção Neves entende que o dispositivo material criou nova forma de pedido contraposto, tese com a qual se concorda.[74]

Aprofundando o estudo do comando legal, na *IV Jornada de Direito Civil*, foi aprovado enunciado doutrinário segundo o qual a parte autora deve ser ouvida quanto à sua intenção de rever o contrato, devendo ser respeitada a sua vontade. Em outras palavras, o juiz não tem o poder de impor a revisão contratual de ofício, notadamente contra a vontade do autor que pleiteou a resolução do contrato. O Enunciado n. 367 do CJF/STJ tem a seguinte redação: "Em observância ao princípio da conservação do contrato, nas ações que tenham por objeto a resolução do pacto por excessiva

onerosidade, pode o juiz modificá-lo equitativamente, desde que ouvida a parte autora, respeitada a sua vontade e observado o contraditório".

Pelo art. 480 do CC, se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá esta pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou que alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva, o desequilíbrio contratual. Em casos tais caberá ao magistrado intervir revendo ou não o contrato. Sendo assim parece-nos que a iniciativa trazida pelo comando legal é do autor da ação. Primeiramente, ele requer a resolução do contrato e, no curso desta, formula um pedido subsidiário de revisão, que poderá ser acatado pelo juiz.

Vale esclarecer que, inicialmente, os contratos referenciados no art. 480 não são os que envolvem negócios unilaterais, que não podem ser revistos, em regra, por não apresentarem *sinalagma*. Assim, o comando legal refere-se àqueles negócios em que uma parte já cumpriu com a sua prestação, restando apenas à outra o dever jurídico obrigacional. É o caso dos contratos de financiamento para a aquisição de um determinado bem ou do mútuo oneroso. Quanto ao último, cumpre ressaltar que apesar de ser um contrato unilateral, apresenta onerosidade.

De qualquer forma, é interessante esclarecer que a doutrina majoritária considera viável e plenamente possível a revisão dos contratos unilaterais puros, com base nesse art. 480 do CC.[75] Desse modo, por essa visão majoritária podem ser revistos contratos como a doação, o mútuo, o comodato e o depósito.

a.4) Cláusula resolutiva tácita.

Finalmente, gera a extinção do contrato por resolução a *cláusula resolutiva tácita*, aquela que decorre da lei e que gera a resolução do contrato em decorrência de um evento futuro e incerto, geralmente relacionado ao inadimplemento (condição). Como essa cláusula decorre de lei, necessita de interpelação judicial para gerar efeitos jurídicos (art. 474 do CC). Justamente por não decorrer da autonomia privada, mas da lei, é que a cláusula resolutiva tácita gera a extinção por fato superveniente à celebração, ponto que a diferencia da cláusula resolutiva expressa, repise-se.

Como exemplo de condição resolutiva tácita cite-se a exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*), prevista no art. 476 do Código Civil, e que pode gerar a extinção de um contrato bilateral ou sinalagmático, nos casos de mútuo descumprimento total do contrato. Por esse dispositivo, uma parte somente pode exigir que a outra cumpra com a sua obrigação, se primeiro cumprir com a própria (modalidade de *exceptio doli*, relacionada à boa-fé objetiva). Como efeito resolutivo, havendo descumprimento bilateral, ou seja, de ambas as partes, o contrato reputar-se-á extinto.

A exceção de contrato não cumprido, em caso de descumprimento total, sempre foi tida como forma de defesa. Entretanto, sendo essa uma cláusula resolutiva tácita para os contratos bilaterais, é

possível e recomendável alegá-la em sede de petição inicial, com o objetivo de interpelar judicialmente a outra parte visando à extinção contratual, nos termos do art. 474 do CC.

Nos casos de risco de descumprimento parcial do contrato, o art. 477 do atual CC consagra a *exceptio non rite adimpleti contractus*.[76] A norma enuncia que, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, poderá a outra parte recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que o primeiro satisfaça a sua ou dê garantia bastante para satisfazê-la. Eventualmente, se a parte que beira à inadimplência não cumprir com o que consta do dispositivo, o contrato bilateral estará extinto, após a devida interpelação judicial por parte do interessado na extinção, nos termos do citado art. 474 do CC.

O art. 477 do CC/2002 parece ter relação com o que a doutrina contemporânea tem conceituado como *quebra antecipada do contrato* ou *inadimplemento antecipado* (*antecipated breach of contract*). Isso porque, pela citada teoria, se uma parte perceber que há risco real e efetivo, demonstrado pela realidade fática, de que a outra não cumpra com a sua obrigação, poderá antecipar-se, pleiteando a extinção do contrato antes mesmo do prazo para cumprimento. A ressalva é que o dispositivo em comento ordena que a parte tente buscar garantias para o cumprimento, para então depois pleitear a resolução.[77] A respeito do instituto, na *V Jornada de Direito Civil* foi aprovado o seguinte enunciado doutrinário, de autoria de Cristiano Zanetti, professor da Universidade de São Paulo: "A resolução da relação jurídica contratual também pode decorrer do inadimplemento antecipado" (Enunciado n. 437).

Ainda no que concerne ao art. 477 do CC, o dispositivo consagra a chamada *exceção de inseguridade*, conforme o seguinte enunciado, aprovado na *V Jornada de Direito Civil:* "A exceção de inseguridade, prevista no art. 477, também pode ser oposta à parte cuja conduta põe manifestamente em risco a execução do programa contratual" (Enunciado n. 438). Sobre a matéria, com interessante aplicação prática, vejamos as palavras do proponente do enunciado, o mesmo Professor Cristiano de Souza Zanetti:

> "Caso a conduta de uma das partes submeta a risco a execução do avençado, o contratante inocente pode desde logo suspender o cumprimento da respectiva prestação, com arrimo na interpretação analógica do art. 477 do Código Civil. Trata-se de uma decorrência da boa-fé, pois não é dado a quem põe em perigo o pactuado ignorar a repercussão da própria conduta, para exigir o adimplemento alheio. O direito privado não confere espaço para que os contratantes adotem critérios distintos para julgar e julgar-se. Para evitar a caracterização do *tu quoque*, vedado pelo art. 187 do Código Civil, a parte honesta pode sustar a execução da própria prestação, até que o outro contratante cumpra aquilo a que se obrigou ou, ao menos, ofereça garantia de que irá fazê-lo no momento aprazado. Dada a identidade de fundamentos, tem lugar o recurso à analogia, destinada, em última análise, a evitar que situações essencialmente idênticas sejam julgadas de modo diverso. A aplicação analógica do art. 477 fomenta, ademais, a comunicação e cooperação entre as partes, do que decorre o aumento das chances de que o contrato venha ser integralmente cumprido. Trata-se de orientação recentemente defendida pela doutrina brasileira e que encontra respaldo no art. 71 da Convenção de Viena das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, no art. III. – 3:401 do *Draft Common Frame of Reference* e no art. 7.3.4.

dos Princípios Unidroit".

Concretizando a norma e as citadas teorias, concluiu o STJ que "o descumprimento parcial na entrega da unidade imobiliária, assim como o receio concreto de que o promitente vendedor não transferirá o imóvel ao promitente comprador impõe a aplicação do instituto da exceção do contrato não cumprido. Isso porque se tem a *exceptio non adimpleti contractus* como um meio de defesa, pois, nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro. E se, depois de concluído o contrato, em especial nos contratos de prestação continuada, e comprovada a dificuldade do outro contratante em adimplir a sua obrigação, poderá ser recusada a prestação que lhe cabe, até que se preste garantia de que o sinalagma será cumprido" (STJ, REsp 1.193.739/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 03.05.2012, publicado no *Informativo* n. *496*).

Superados tais aspectos, insta verificar que a doutrina clássica sempre apontou para a existência de uma cláusula pela qual a parte contratual renuncia ao benefício da *exceptio non adimpleti contractus*. Trata-se da cláusula *solve et repete*. Pois bem, à luz da socialidade e da eticidade, não há dúvida de que tal cláusula será tida como abusiva, e, portanto, nula nos contratos de consumo e de adesão, pois a parte está renunciando a um direito que lhe é inerente, como parte em um contrato sinalagmático. Esse entendimento será possível desde que sejam aplicados diretamente o art. 51 do CDC e o art. 424 do CC, respectivamente. Eis aqui mais um exemplo da eficácia interna da função social dos contratos, visando à proteção da parte vulnerável: o consumidor ou o aderente.

b) Resilição (exercício de um direito potestativo).

Presente em duas situações concretas.

b.1) Resilição bilateral.

Prevista no art. 472 do CC, a *resilição bilateral* ou *distrato* é efetivada mediante a celebração de um novo negócio em que ambas as partes querem, de comum acordo, pôr fim ao anterior que firmaram. O distrato submete-se à mesma forma exigida para o contrato conforme previsão taxativa desse artigo.

Desse modo, se o contrato foi celebrado por escritura pública, o distrato deverá obedecer à mesma formalidade, sob pena de nulidade absoluta, por desrespeito à forma e à solenidade essencial (art. 166, IV e V, do CC). É importante ressaltar que a quitação não se submete a essa exigência, sendo válida qualquer que seja a sua forma.

b.2) Resilição unilateral.

Existem contratos que admitem dissolução pela simples declaração de vontade de uma das

partes, situações em que se tem a denominada *resilição unilateral*, desde que a lei, de forma explícita ou implícita, admita essa forma de extinção. Na resilição unilateral há o exercício de um direito potestativo, aquele que se contrapõe a um estado de sujeição.

A resilição unilateral, pelo que consta do art. 473 do Código Civil, só é prevista em hipóteses excepcionais, como, por exemplo, na locação, na prestação de serviços, no mandato, no comodato, no depósito, na doação, na fiança, operando-se mediante denúncia notificada à outra parte. Para os contratos que foram citados, de forma a exemplificar, são casos de resilição unilateral:

- *Denúncia vazia*: cabível na locação de coisa móvel ou imóvel regida pelo Código Civil e de coisa imóvel regida pela Lei 8.245/1991 (Lei de Locação). Findo o prazo, extingui-se de pleno direito o contrato celebrado entre as partes, sem qualquer motivo para tanto. É possível utilizar o termo *denúncia* igualmente para o contrato de prestação de serviços, pelo que consta do art. 599 do CC.
- *Revogação*: espécie de resilição unilateral cabível quando há quebra de confiança naqueles pactos em que esta se faz presente como fator predominante. Cabe revogação por parte do mandante – no mandato –, do comodante – no comodato –, do depositante – no depósito –, do doador – no caso de doação modal ou com encargo e por ingratidão.
- *Renúncia*: outra forma de resilição unilateral cabível nos contratos baseados na confiança, quando houver quebra desta. Viável juridicamente a renúncia por parte do mandatário, comodatário, depositário e donatário, nos contratos acima mencionados.
- *Exoneração por ato unilateral*: novidade da codificação privada, a exoneração unilateral é cabível por parte do fiador, na fiança por prazo indeterminado. Prevista no art. 835 do Código Civil, terá eficácia plena depois de 60 dias da notificação do credor, efetivada pelo fiador. Pelo teor desse dispositivo legal, a exoneração unilateral não se aplica ao contrato de fiança celebrado por prazo determinado. Entendemos que essa nova forma de resilição unilateral pretende proteger o fiador, sempre em posição desprivilegiada, havendo relação direta com a eficácia interna do princípio da função social dos contratos. Por tal razão, o art. 835 é norma de ordem pública, não podendo a proteção nele prevista ser afastada por convenção das partes. Ademais, deve o magistrado declarar essa proteção de ofício. O dispositivo terá estudo aprofundado no capítulo que trata da fiança.

Ainda no que interessa à resilição unilateral, sintonizado com a função social dos contratos e a boa-fé objetiva, o parágrafo único do art. 473 do CC enuncia que, se diante da natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a execução do negócio, a resilição unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos. A título de exemplo, eventual despejo por denúncia vazia até pode não ser concedido se o locatário tiver introduzido investimentos consideráveis no imóvel, sendo omisso o instrumento contratual quanto a esses investimentos.

Para findar o estudo da resilição, consigne-se que a relação com os efeitos internos da função social dos contratos é explícita, pois se pretende impedir uma situação de injustiça, conservando o contrato por tempo razoável. O Tribunal de Justiça de São Paulo já aplicou muito bem o dispositivo relacionando-o a tal princípio em contrato de prestação de serviços (TJSP, Agravo de Instrumento 7.148.853-4, São Paulo, 12.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Rui Cascaldi, 13.06.2007, v.u., Voto

11.706).

Cite-se, ainda, excelente julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, segundo o qual "impõe-se a aplicação da referida regra diante da frustração da legítima expectativa da autora, em face da resilição unilateral do contrato de transporte que a ré pretendeu operar, sem que tivesse decorrido prazo razoável para o retorno dos vultosos investimentos empreendidos pela requerente a fim de proporcionar a correta execução do que restou pactuado" (TJDF, Recurso 2008.09.1.015066-2, Acórdão 535.206, 2.ª Turma Cível, Rel.ª Desig. Des.ª Carmelita Brasil, DJDFTE 23.09.2011, p. 79).

5.8.4 Extinção por morte de um dos contratantes

Encerrando a análise do tema da extinção do contrato e o presente capítulo, como última forma básica de extinção dos contratos, para algumas categorias negociais a morte de um dos contratantes pode gerar o fim do pacto. Isso somente ocorre nos casos em que a parte contratual assume uma obrigação personalíssima ou *intuitu personae*, sendo denominada *cessação contratual*, conforme expressão de Orlando Gomes.[78]

Em casos tais, o contrato se extingue de pleno direito, situação que ocorre, por exemplo, na fiança. Para este contrato, os herdeiros não recebem como herança o encargo de ser fiador, só respondendo até os limites da herança por dívidas eventualmente vencidas durante a vida do seu antecessor (art. 836 do CC). Em reforço, a condição de fiador não se transmite, pois ele tem apenas uma responsabilidade, sem que a dívida seja sua ("*obligatio sem debitum*" ou "*Haftung sem Schuld*").

1 AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 21.

2 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3, p. 12.

3 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3, p. 12-15.

4 NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno*. 1. ed. 5. tir. Curitiba: Juruá, 2005. p. 255.

5 AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002.

6 Por todos: DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 369.

7 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 120.

8 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. Contratos e atos unilaterais. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3, p. 115.

9 AGUIAR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (Resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p. 37.

10 KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 275-277.

11 MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. *Contratos no direito brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957. t. I, p. 7.

12 NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 113.

13 ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988. p. 137.

14 AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. Introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 347-348.

15 DÍEZ-PICAZO, Luiz; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. 11. ed. Madrid: Tecnos, 2003. v. 1, p. 379.

16 MENGER, Antonio. *El derecho civil y los pobres*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1898.

17 FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2001.

18 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. *Direito contratual*. Temas atuais. São Paulo: Método, 2008. p. 55.

19 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br>. Artigos de convidados. Acesso em: 8 ago. 2005.

20 BARROSO, Lucas Abreu. Função ambiental do contrato. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005. v. 4.

21 A expressão *terceiro cúmplice* foi cunhada, no Direito Civil Brasileiro, por Antonio Junqueira de Azevedo, em parecer dado a companhia de combustíveis (Os princípios do atual direito contratual e a desregulação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004).

22 Sobre o tema, para os devidos esclarecimentos, ver nossa obra de Direito do Consumidor, escrita em coautoria com Daniel Amorim Assumpção Neves (*Direito do Consumidor*. Direito material e processual. São Paulo: GEN/Método, 2012).

23 REALE, Miguel. *Questões de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 4.

24 Nesse sentido, por todos: TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. III, p. 145.

25 DELGADO, Mário Luiz. *Problemas de direito intertemporal no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 94.

26 Como por exemplo: GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. Contratos e Atos Unilaterais. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3, p. 46.

[27] Esgotando o tema, como obra definitiva no Brasil e servindo como referência: MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999.

[28] MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001. Trata-se da obra definitiva a respeito do tema, uma tese de doutorado defendida na clássica Universidade de Lisboa, com cerca de 1.300 páginas. A importância do estudo desses institutos foi reconhecida no Enunciado n. 412 aprovado na *V Jornada de Direito Civil*, de autoria do Professor Fábio Azevedo.

[29] SIMÃO, José Fernando. *Direito civil. Contratos. (*Série Leituras Jurídicas). 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 38.

[30] DUARTE, Ronnie Preuss. A cláusula geral da boa-fé no novo Código Civil brasileiro. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2004. v. 2, p. 399.

[31] GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. De acordo com o novo Código Civil. (Coleção Prof. Agostinho Alvim). São Paulo: Saraiva, 2004. p. 87-94.

[32] GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. De acordo com o novo Código Civil. (Coleção Prof. Agostinho Alvim). São Paulo: Saraiva, 2004. p. 88.

[33] SIMÃO, José Fernando. *Direito civil. Contratos*. (Série Leituras Jurídicas). 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

[34] ZANETTI, Cristiano de Souza. *Responsabilidade pela ruptura das negociações*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 112-114.

[35] DÍEZ-PICAZO, Luís; DE LEÓN, Ponce. *La doctrina de los propios actos*. Barcelona: Editorial Bosch, 1963.

[36] SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório. Tutela de confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 124.

[37] Sobre o tema, da jurista: FRADERA, Vera Jacob. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 19, 2004.

[38] PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação com encargo e causa contratual*. São Paulo: Milennium, 2004. p. 63.

[39] Serviram como amparo: ANDRADE, Darcy Bessone de Vieira. *Do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1960; DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3, p. 40-64; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil. Teoria geral dos contratos*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. IV, t. I.

[40] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3, p. 41.

[41] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil. Teoria geral dos contratos*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. IV, t. I, p. 96.

[42] ZANETTI, Cristiano de Souza. *Responsabilidade pela ruptura das negociações*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 44-88.

[43] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3, p. 54.

[44] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 25. ed. São Paulo: Saraiva 2009. v. 3, p. 55.

[45] ZANETTI, Cristiano de Souza; ROBERT, Bruno. A conclusão do contrato pelo silêncio. In: TARTUCE, Flávio e CASTILHO, Ricardo. *Direito civil. Direito patrimonial. Direito existencial. Estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*. São Paulo: Método, 2006. p. 261.

[46] Ver: DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 389-391.

[47] Conclusão que já consta em: TARTUCE, Flávio. Função social dos contratos. *Do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002*. 2. ed. São Paulo: Método, 2007; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. *Direito contratual*. Temas atuais. São Paulo: Método, 2008.

[48] Nesse sentido, influenciando este autor: AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo Código Civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva – “Laesio enormis”. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2004. v. 2; DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 303; LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2, p. 227; LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 207; ROSENVALD, Nelson. *Código Civil comentado*. In: PELUSO, Cezar (Ministro). São Paulo: Manole, 2007. p. 373.

[49] Pensando desse modo: MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V, t. I, p. 245; FRANTZ, Laura Coradini. Bases dogmáticas para interpretação dos artigos 317 e 478 do novo Código Civil brasileiro. In: DELGADO, Mário Luiz e ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005. v. 4, p. 157; KHOURI, Paulo R. Roque. *A revisão judicial dos contratos no novo Código Civil, Código do Consumidor e Lei 8.666/1993*. São Paulo: Atlas, 2006 e GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Atualizadores: Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. In: BRITO, Edvaldo. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 214. No caso do último autor, trata-se de pensamento de seus atualizadores, especialmente de Antonio Junqueira de Azevedo.

[50] ZULIANI, Ênio Santarelli. Resolução do contrato por onerosidade excessiva. In *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Magister, n. 40. Jan.-Fev./2011, p. 35.

[51] AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo Código Civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva – “Laesio enormis”. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2004. v. 2.

[52] KHOURI, Paulo R. Roque. *A revisão judicial dos contratos no novo Código Civil, Código do Consumidor e Lei 8.666/1993*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 157.

[53] PODESTÁ, Fábio. Notas sobre a revisão do contrato. In: TARTUCE, Flávio e CASTILHO, Ricardo. *Direito civil. Direito patrimonial. Direito existencial. Estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*. São Paulo: Método, 2006. p. 343.

[54] SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. O novo art. 285-B (Lei 12.810/13) do CPC (Lei 5.869/73) e os contratos de empréstimos habitacionais. Disponível em: <www.migalhas.com.br>. Acesso em: 4 set. 2013.

[55] Assim concluindo: MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de direito do consumidor*. In: BENJAMIM, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. São Paulo: RT, 2007. p. 58; NERY JR., Nelson. A base do negócio jurídico e a revisão do contrato. *Questões de direito civil e o novo Código*. São Paulo: Ministério Público. Procuradoria-Geral de Justiça: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004; NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 118.

[56] Como autor sempre citado: LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Trad. Carlos Fernandéz Rodríguez. Granada: Comares, 2002.

[57] Assim concluindo: DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 379; SIMÃO, José Fernando. *Vícios do produto no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 62; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 457; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. Contratos e Atos Unilaterais. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3, p. 127.

[58] DELGADO, Mário Luiz. Pósfácio. *Introdução crítica ao Código Civil*. Org. Lucas Abreu Barroso. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. DLXXXV.

[59] SIMÃO, José Fernando. *Vícios do produto no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas 2003. p. 75.

[60] SIMÃO, José Fernando. *Vícios do produto no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas 2003. p. 46.

[61] BUSSATTA, Eduardo. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. Coleção Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 122.

[62] Caso de: CATALAN, Marcos Jorge. *Direito dos contratos*. Direito civil. Orientação: Giselda M. F. Novaes Hironaka. In: MORRIS, Amanda Zoe e BARROSO, Lucas Abreu. São Paulo: RT, 2008. v. 3, p. 150; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: RT, 2008. p. 143.

[63] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 382.

[64] Nesse sentido, ver: CÂMARA, Alexandre Freitas. Da evicção – aspectos materiais e processuais. *Direito contratual*. Temas atuais. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes e TARTUCE, Flávio. São Paulo: Método, 2008.

[65] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 383; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 470.

[66] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 383.

[67] MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil. Direito das obrigações*. 2.ª Parte. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1973. p. 63.

[68] BUSSATTA, Eduardo. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. Coleção Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 123.

[69] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 142.

[70] CÂMARA, Alexandre Freitas. Da evicção – aspectos materiais e processuais. *Direito contratual*. Temas atuais. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes e TARTUCE, Flávio. São Paulo: Método, 2008. p. 705.

[71] DIDIER JR., Fredie. *Regras processuais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 91.

[72] Fundamentalmente, o presente autor utiliza a seguinte doutrina. GOMES, Orlando. *Contratos*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996; AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002; DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Teoria geral das obrigações contratuais e extracontratuais. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3, p. 144-169. Também foram utilizados, especialmente no presente capítulo: AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (Resolução)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004; WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro. Obrigações e contratos*. São Paulo: RT, 1999.

[73] No mesmo sentido: AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (Resolução)*. 2 ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 58.

[74] ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. Pretensão do réu em manter o contrato com modificação de suas cláusulas diante de pedido do autor de resolução por onerosidade excessiva – pedido contraposto previsto na lei material (art. 479, CC). In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo. *Reflexos do novo Código Civil no direito processual*. Salvador: Juspodivm, 2005.

[75] Assim concluindo, por exemplo: TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. II, p. 134; DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 401; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 501; ROSENVALD, Nelson. *Código Civil comentado*. In: PELUSO, Cezar (Ministro). São Paulo: Manole, 2007. p. 376.

[76] Conforme se extrai, entre outros, da doutrina de Maria Helena Diniz (*Código Civil Anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, p. 397-398).

[77] Sobre o tema, ver: SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva e o adimplemento substancial. *Direito contratual*. Temas atuais. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes e TARTUCE, Flávio. São Paulo: Método, 2008.

[78] GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Atualizadores: Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. In: BRITO, Edvaldo. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 228.

6

CONTRATOS EM ESPÉCIE (CONTRATOS TÍPICOS DO CC/2002)

6.1 DA COMPRA E VENDA (ARTS. 481 A 532 DO CC)

6.1.1 Conceito e natureza jurídica

O art. 481 do CC/2002, seguindo o princípio da operabilidade – no sentido de facilitação dos institutos privados –, conceitua a compra e venda como sendo o contrato pelo qual alguém (o vendedor) se obriga a transferir ao comprador o domínio de coisa móvel ou imóvel mediante uma remuneração, denominada *preço*. Portanto, trata-se de um *contrato translativo*, mas que por si só não gera a transmissão da propriedade.

Como é notório, regra geral, a propriedade móvel se transfere pela tradição (entrega da coisa) enquanto a propriedade imóvel transfere-se pelo registro do contrato no Cartório de Registro Imobiliário (CRI). Dessa forma, o contrato de compra e venda traz somente o compromisso do vendedor em transmitir a propriedade, denotando efeitos obrigacionais (art. 482 do CC). Em outras palavras, o contrato é *translativo* no sentido de trazer como conteúdo a referida transmissão, que se perfaz pela tradição nos casos que envolvem bens móveis, ou pelo registro, nas hipóteses de bens imóveis. O julgado a seguir demonstra essa realidade jurídica:

> "Civil. Compra e venda. Imóvel. Transcrição. Matéria de prova. I. Ensina a doutrina que na compra e venda de imóvel a transcrição no registro imobiliário do título translativo da propriedade apenas completa, ainda que necessariamente, a operação iniciada com o contrato, ou qualquer outro negócio translativo. O *modus* é condicionado pelo *titulus*. O registro é ato automático, independente de providências do transmitente. II. Em sede do Especial, inviável qualquer intento no sentido de reexame de matéria que envolva reavaliação de provas. III. Recurso não conhecido" (STJ, REsp 5.801/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, 3.ª Turma, j. 10.12.1990, *DJ* 04.02.1991, p. 576).

A respeito de sua natureza jurídica, a compra e venda possui as seguintes características:

a) O contrato de compra e venda é *bilateral* ou *sinalagmático por excelência*, havendo *sinalagma* (direitos e deveres proporcionais entre as partes, que são credoras e devedoras entre si).

b) Constitui contrato *oneroso*, porque há sacrifícios patrimoniais para ambas as partes, ou seja, para o comprador e para o vendedor (prestação + contraprestação). Essa onerosidade é confirmada pela presença de uma remuneração que é denominada *preço*.

c) Por regra, a compra e venda é contrato *comutativo* porque as partes sabem de antemão quais serão as suas prestações. Eventualmente, incidirá o elemento *álea* ou sorte, podendo a compra e venda assumir a forma de contrato aleatório, envolvendo riscos. Em casos tais, surgem duas vendas aleatórias (arts. 458 a 461 do CC): *a)* venda de coisas futuras quanto à existência (art. 458 do CC) e à quantidade (art. 459 do CC); e *b)* venda de coisas existentes, mas expostas a risco (art. 460 do CC). Em relação à venda de coisas futuras, o risco do contrato pode referir-se à:

   – *Venda da esperança quanto à existência da coisa ou venda da esperança* (*Emptio spei*) – refere-se à assunção de riscos por um dos contratantes no tocante à existência da coisa, caso em que o outro terá direito de receber integralmente o que lhe foi prometido, desde que de sua parte não tenha havido dolo ou culpa, ainda que nada do avençado venha a existir. No contrato em questão não é fixada nem mesmo uma quantidade mínima como objeto, fazendo que o risco seja maior.

   – *Venda da esperança quanto à quantidade da coisa ou venda da esperança como coisa esperada* (*Emptio rei speratae*) – refere-se à assunção de riscos por um dos contratantes sobre a quantidade da coisa, caso em que o alienante terá direito a todo o preço, desde que de sua parte não tenha concorrido culpa, ainda que a coisa venha a existir

em quantidade inferior à esperada. Nessa situação, é fixada uma quantidade mínima para a compra, ou seja, neste contrato há um objeto mínimo fixado para compra e venda. As condições para negociar o preço são piores porque o risco é menor; há uma taxa mínima em relação ao objeto. Nas hipóteses de venda de coisas já existentes, mas expostas a risco assumido pelo adquirente, terá igualmente direito o alienante a todo o preço, ainda que a coisa não mais exista, no todo ou em parte, no dia da formalização do contrato (art. 460 do CC). Entretanto, o contrato poderá ser anulado se o prejudicado provar que o outro contratante agiu com dolo, ou seja, que não ignorava a consumação a que no contrato se considerava exposta a coisa (art. 461 do CC).

d) Fica a dúvida se a compra e venda é um contrato *consensual* (que tem aperfeiçoamento com a manifestação da vontade) ou real (o aperfeiçoamento ocorre com a entrega da coisa). Na verdade, a compra e venda assume a primeira categoria, pois o aperfeiçoamento ocorre com a composição das partes. Isso pode ser retirado do art. 482 do CC ("A compra e venda, quando pura, considerar-se-á obrigatória e perfeita, desde que as partes acordarem no objeto e no preço"). A entrega da coisa ou o registro do negócio no CRI, como apontado, não tem qualquer relação com o seu aperfeiçoamento e sim com o cumprimento do contrato, com a eficácia do negócio jurídico, particularmente com a aquisição da propriedade pelo comprador.

e) A compra e venda pode ser negócio *formal* (solene) ou *informal* (não solene). Repise-se que este autor segue o entendimento doutrinário segundo o qual a solenidade está relacionada com a escritura pública e não com a forma escrita (*formalidade é gênero, solenidade é espécie*). O contrato de compra e venda exige escritura pública quando o valor do bem imóvel, objeto do negócio, for superior a 30 salários-mínimos (art. 108 do CC) – contrato formal e solene. Caso o imóvel tenha valor inferior ou igual a 30 salários-mínimos, não haverá necessidade de escritura pública, a ser lavrada no Tabelionato de Notas. No entanto, em todos os casos envolvendo imóveis, é necessária a forma escrita para registro no CRI, estando a eficácia no mesmo plano que a validade do contrato em questão (contrato formal e não solene). Nas hipóteses de compra e venda de bem móvel, de qualquer valor, não há necessidade de escritura pública nem de forma escrita, pois não há registro (contrato informal e não solene).

f) A compra e venda é um contrato típico, pois está tratado pela codificação privada, sem prejuízo de outras leis específicas. Por diversas vezes, a compra e venda assume a forma de adesão, podendo ainda ser contrato de consumo, nos termos dos arts. 2.º e 3.º da Lei 8.078/1990 (*venda de consumo*). Para a última hipótese, a teoria do *diálogo das fontes* é fundamental, pois as regras relativas ao contrato previstas no CC/2002 devem ser interpretadas de acordo com os princípios de proteção ao consumidor e com os artigos do CDC.

6.1.2 Elementos constitutivos da compra e venda

Na visão clássica e contemporânea, os elementos da compra e venda são os seguintes, o que merece um estudo pontual:

- Partes (comprador e vendedor), sendo implícita a vontade livre, o consenso entre as partes, sem vícios (*consensus*).
- Coisa (*res*).
- Preço (*pretium*).

No que concerne às *partes*, essas devem ser capazes sob pena de nulidade ou anulabilidade da compra e venda, o que depende da modalidade de incapacidade. Nesse sentido, não se pode esquecer das regras especiais de *legitimação*, como a que consta do art. 1.647, I, do CC, que trata da necessidade de outorga conjugal para venda de bens imóveis a terceiros. Não havendo tal outorga (uxória ou marital), a compra e venda será anulável (art. 1.649 do CC), desde que proposta ação

anulatória pelo cônjuge no prazo decadencial de dois anos, contados da dissolução da sociedade conjugal. A referida outorga é dispensável se o regime entre os cônjuges for o da *separação absoluta*, tema a ser aprofundado no Capítulo 8.

Quanto ao consentimento emitido pelas partes, que deve ser livre e espontâneo, deve ainda recair sobre os demais elementos do contrato de compra e venda, quais sejam a *coisa* e o *preço*. Em havendo um dos vícios do consentimento (erro, dolo, coação moral, estado de perigo e lesão), o contrato de compra e venda é anulável, conforme as regras que constam da Parte Geral do CC (art. 171, II).

A *coisa* deve ser lícita, determinada (coisa certa) ou determinável (coisa incerta, indicada pelo gênero e quantidade). O art. 483 do CC trata da compra e venda de coisa futura, como ocorre nas *vendas sob encomenda*. Mas essa coisa futura deve existir em posterior momento, sob pena de ineficácia do contrato, salvo se a intenção das partes era celebrar um contrato aleatório, dependente da sorte ou risco. Aliás, diante da boa-fé objetiva, recomenda-se que, no momento da realização do contrato de *venda sob encomenda*, o vendedor já tenha a coisa à sua disposição.

Seguindo no estudo de tal elemento objetivo, a coisa deve ser também alienável, ou seja, deve ser consumível no âmbito jurídico, conforme preconiza a segunda parte do art. 86 do CC (*consuntibilidade jurídica*). A venda de um bem inalienável, caso do bem de família voluntário ou convencional (arts. 1.711 a 1.722 do CC), é considerada nula, seja pela ilicitude do objeto (art. 166, II) ou por fraude à lei imperativa (art. 166, VI).

Por fim, a coisa deve ser de propriedade do vendedor, sob pena de caracterização da *venda a non domino*, realizada por *aquele que não é o seu dono*. Pontue-se que a venda *a non domino* é caso de ineficácia do contrato, e não de sua inexistência ou invalidade. Essa foi a opção do art. 1.268 do Código Civil 2002 quanto aos bens móveis, prescrevendo o *caput* do diploma que, "feita por quem não seja proprietário, a tradição não aliena a propriedade". O presente autor segue a corrente que entende pela mesma solução em caso de bens imóveis, o que já era aplicado pela melhor jurisprudência superior. Nessa linha: "Direito civil. Venda *a non domino*. Validade da escritura entre as partes. Art. 145, CC. Ineficácia em relação ao *verus dominus*. Recurso provido. I – A compra e venda de imóvel a *non domino* não é nula ou inexistente, sendo apenas ineficaz em relação ao proprietário, que não tem qualidade para demandar a anulação da escritura não transcrita. II – Os atos jurídicos são nulos nos casos elencados no art. 145, CC" (STJ, REsp 39.110/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4.ª Turma, j. 28.03.1994, *DJ* 25.04.1994, p. 9.260). Ou, ainda: "Venda *a non domino*. A ineficácia pode ser alegada pelo réu da ação reivindicatória (art. 622 do CCivil)" (STJ, REsp 94.270/SC, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Rel. p/ Acórdão Ministro Ruy Rosado de Aguiar, 4.ª Turma, j. 21.03.2000, *DJ* 25.09.2000, p. 101).

No tocante ao *preço*, remuneração do contrato, este deve ser certo e determinado e em moeda

nacional corrente, pelo valor nominal, conforme o art. 315 do CC (*princípio do nominalismo*). O preço, em regra, não pode ser fixado expressamente em moeda estrangeira ou em ouro, sob pena de nulidade absoluta do contrato (art. 318 do CC). Exceção deve ser feita para a compra e venda internacional, nos termos do Decreto-lei 857/1969.

Pois bem, vejamos algumas categorias especiais de preço e as regras correspondentes:

– *Preço por cotação* – admitido pelo art. 487 do CC, sendo lícitos os contratos de compra e venda cujo preço é fixado em função de índices ou parâmetros suscetíveis de objetiva determinação, caso do dólar e do ouro, desde que conste o correspondente em reais. Em complemento, enuncia o art. 486 da codificação que o preço pode ser fixado conforme taxa de mercado ou de bolsa, em certo e determinado dia e lugar.

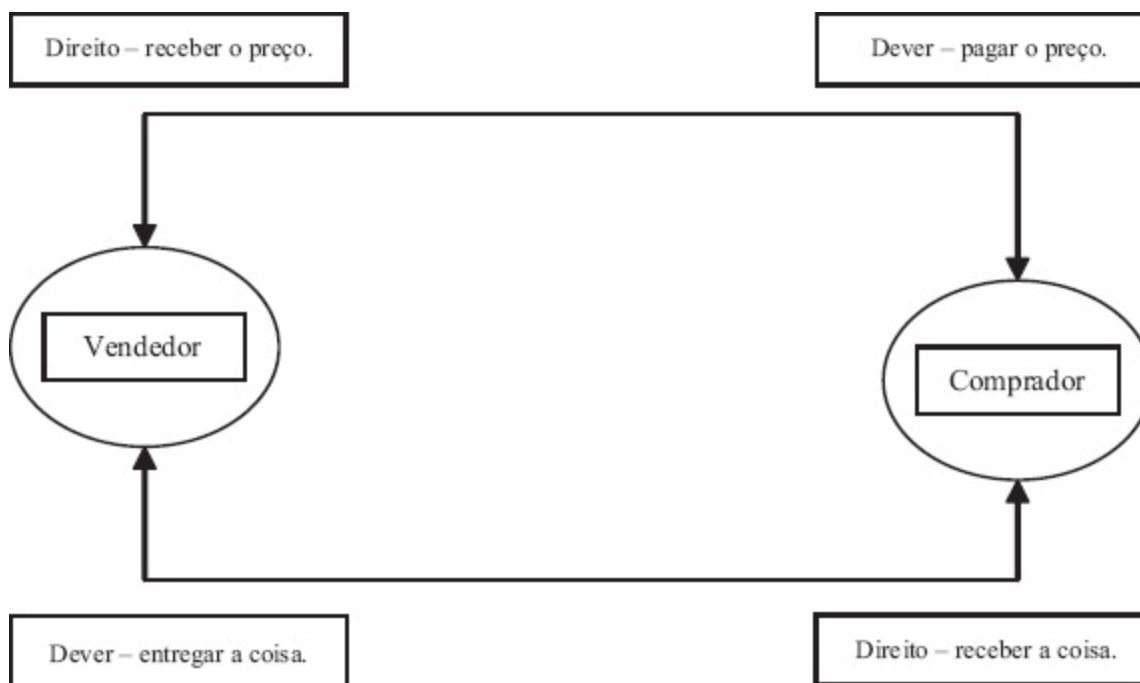
– *Preço por avaliação* – nos termos do art. 485 do CC, o preço pode ser arbitrado pelas partes ou por terceiro de sua confiança. Ilustre-se que é comum, na venda de bens imóveis, a avaliação por uma imobiliária ou por um especialista do ramo. No que interessa a essa confiança, deve-se mencionar que o princípio da boa-fé objetiva está implícito nesse comando legal. Se esse terceiro não aceitar a incumbência, ficará sem efeito o contrato (ineficácia), salvo quando os contratantes concordarem em indicar outra pessoa.

– *Preço tabelado e preço médio* – o art. 488 do CC é uma novidade da atual codificação. Dispõe esse comando legal que "convencionada a venda sem fixação do preço ou de critérios para a sua determinação, se não houver tabelamento oficial, entende-se que as partes se sujeitaram ao preço corrente nas vendas habituais do vendedor. Parágrafo único. Na falta de acordo, por ter havido diversidade de preço, prevalecerá o termo médio". Assim, se as partes não convencionarem o preço, valerá o *preço tabelado*, que por ter relação com a ordem pública não pode ser contrariado (aplicação da função social do contrato). Não havendo convenção ou tabelamento, valerão os preços de costume, decorrentes das vendas habituais. Por fim, em havendo vários preços habituais, prevalecerá o preço médio, a ser fixado pelo juiz. Nesse sentido, a conclusão constante em enunciado aprovado na *V Jornada de Direito Civil*, de autoria de Cristiano Zanetti: "Na falta de acordo sobre o preço, não se presume concluída a compra e venda. O parágrafo único do art. 488 somente se aplica se houverem diversos preços habitualmente praticados pelo vendedor, caso em que prevalecerá o termo médio" (Enunciado n. 441).

– *Preço unilateral* – o art. 489 do CC consagra a nulidade da compra e venda se a fixação do preço for deixada ao livre-arbítrio de uma das partes. Surge outra dúvida atroz: como interpretar esse dispositivo diante da prevalência dos contratos de adesão em que o preço é determinado de forma unilateral, imposto por uma das partes? Na verdade, o comando legal em questão só está proibindo o *preço cartelizado*, ou seja, manipulado por cartéis – grupo de empresas que se reúnem para estabelecer acordos sobre fixação elevada de preços e cotas de produção para cada membro, com o fim de dominar o mercado e disciplinar a concorrência –, o que caracteriza abuso do poder econômico. Essa deve ser a correta interpretação do dispositivo, para *salvá-lo* e dar a ele um sentido prático. Realmente, o comando legal deveria ter sido suprimido da atual codificação, pois não se coaduna com a realidade contemporânea do *Império dos Contratos-Modelo* ou *estandardização contratual*, em que prevalecem os contratos padronizados (*standard*) ou de adesão.

Superada a análise dos elementos fundamentais da compra e venda, passa-se ao estudo da sua natureza jurídica, de suas características principais.

6.1.3 A estrutura sinalagmática e os efeitos da compra e venda. A questão dos riscos e das despesas advindas do contrato

Como visto no Capítulo 3 desta obra, é notória, no Direito Civil Contemporâneo, a prevalência na prática das *relações obrigacionais complexas*, ou seja, situações em que as partes são credoras e devedoras entre si, ao mesmo tempo. Essa realidade obrigacional é precursora do *sinalagma obrigacional ou contratual*, presente em contratos como o de compra e venda. O esquema a seguir simboliza o que ocorre no contrato em questão:

Pelo esquema, nota-se na compra e venda uma proporção igualitária de direitos e de deveres. Como se sabe, o conceito de *sinalagma* mantém íntima relação com o equilíbrio contratual, com a base estrutural do negócio jurídico. O direito do comprador é de receber a coisa e o seu dever é de pagar o preço. Por outro lado, o direito do vendedor é receber o preço, e o seu dever é de entregar a coisa.

Diante dessa *estrutura sinalagmática*, os riscos relacionados com a coisa, o preço, as despesas de transporte, escritura e registro correm por conta de quem, respectivamente? Essas questões devem ser respondidas e estão relacionadas com os deveres assumidos pelas partes, conforme apontado a seguir:

- Os riscos em relação à coisa correm por conta do vendedor, que tem o dever de entregá-la ao comprador, pois, enquanto não o fizer, a coisa ainda lhe pertence incidindo a regra *res perit domino* (a coisa perece para o dono).
- Os riscos pelo preço correm por conta do comprador (art. 492 do CC), que tem os deveres dele decorrentes.
- As despesas com transporte e tradição correm, em regra, por conta do vendedor (art. 490 do CC).
- As despesas com escritura e registro serão pagas pelo comprador (art. 490 do CC).

Anote-se que o art. 490 do CC, que consagra regras a respeito das despesas de escritura,

registro, transporte e tradição, é norma de ordem privada, podendo haver previsão em sentido contrário no instrumento contratual, conforme a convenção das partes.

Relativamente aos riscos do contrato e despesas de transporte, de acordo com os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais dominantes, é possível a sua divisão entre as partes. Ilustre-se com o art. 393 do CC, pelo qual é possível que a parte se responsabilize por caso fortuito e força maior quanto à responsabilidade contratual por meio da *cláusula de assunção convencional*. Também é pertinente apontar a possibilidade de *socialização dos riscos*, que se dá pelo contrato de seguro.

A divisão das despesas de transportes é comum na compra e venda internacional, por meio dos *INCOTERMS* (*International Commercial Terms* ou Cláusulas Especiais da Compra e Venda no Comércio Internacional). A título de exemplo, cite-se a *cláusula FOB* (*free on board*), pela qual o vendedor responde pelas despesas do contrato até o embarque da coisa no navio.

Ainda no que concerne à estrutura interna do contrato de compra e venda, outras regras merecem ser comentadas.

De início, enuncia o art. 491 do CC "que não sendo a venda a crédito, o vendedor não é obrigado a entregar a coisa antes de receber o preço". Esse comando legal complementa a previsão da exceção de contrato não cumprido, prevista no art. 476 da mesma codificação. Assim sendo, na venda à vista, diante do *sinalagma*, somente se entrega a coisa mediante o pagamento imediato do preço. Entretanto, por se tratar de norma de ordem privada, as partes podem afastá-la, por meio da cláusula *solve et repete*, em regra.

Como visto, o art. 492 do atual Código Civil traz regra que diz que até o momento da tradição os riscos da coisa correm por conta do vendedor, e os do preço por conta do comprador. Em complemento, os parágrafos do citado comando legal trazem regras interessantes.

De início, os casos fortuitos (eventos totalmente imprevisíveis) que ocorrerem no ato de contar, marcar ou assinalar coisas, que normalmente se recebem dessa forma (contando, pesando, medindo ou assinalando), e que já tiverem sido colocadas à disposição do comprador, correrão por conta deste (§ 1.º). Em outras palavras, os riscos em situações tais serão por conta daquele que adquire a coisa.

Além disso, correrão também por conta do comprador os riscos das referidas coisas, se este estiver em mora de recebê-las, quando postas à sua disposição no tempo, lugar e pelo modo ajustado (§ 2.º). A exemplo do que consta do art. 400 do CC, acaba-se punindo o credor pelo atraso no recebimento da obrigação.

Em relação à tradição da coisa vendida, não havendo estipulação entre as partes, a entrega deverá ocorrer no lugar onde se encontrava ao tempo da celebração da venda (art. 493 do CC). Como o próprio dispositivo autoriza, trata-se de uma norma de ordem privada e, como tal, é possível que o instrumento contratual traga previsão de outro local para a entrega da coisa móvel (tradição).

Em complemento, é possível que as partes negociem a expedição da coisa por parte do vendedor, como é comum na vendas realizadas fora do estabelecimento comercial. Em casos tais, se a coisa for expedida para lugar diverso, por ordem do comprador, por sua conta correrão os riscos, uma vez entregue a coisa a quem deva transportá-la, salvo se o vendedor não seguir as instruções dadas pelo comprador (art. 494 do CC). Em resumo, se o comprador determinou a expedição de forma errada e, em decorrência disso, ela veio a se perder, a responsabilidade será sua, já que agiu com culpa por ação (*culpa in comittendo*). Por outra via, se o erro foi do vendedor, que desobedeceu às ordens do comprador, por sua conta correrão os riscos pelo fato de ter agido como um *mandatário infiel*.

Encerrando, determina o art. 495 do CC que não obstante o prazo ajustado para o pagamento, se antes da tradição o comprador cair em insolvência civil, poderá o vendedor sobrestar a entrega da coisa objeto de contrato, até que o comprador lhe dê caução, ou seja, que preste uma garantia real ou fidejussória de pagar no tempo ajustado. O mesmo entendimento deve ser aplicado para a situação em que o vendedor se tornar insolvente, caso em que o comprador poderá reter o pagamento até que a coisa lhe seja entregue ou que seja prestada caução. Esse dispositivo está sintonizado com o art. 477 do mesmo Código, que consagra a *exceptio non rite adimpleti contractus*, estudado no capítulo anterior desta obra.

6.1.4 Restrições à autonomia privada na compra e venda

Como visto no capítulo anterior, a autonomia privada contratual não é sempre soberana, encontrando limitações na ordem pública, o que muito bem expressa o princípio da função social dos contratos. Não é diferente para a compra e venda, havendo limitações quanto ao conteúdo do negócio, sob pena de sua nulidade, anulabilidade ou ineficácia da avença.

A partir desse momento, serão estudadas as restrições ao negócio, tratadas pelo CC/2002, no capítulo específico da compra e venda pela seguinte ordem: venda de ascendente a descendente (art. 496 do CC), venda entre cônjuges (art. 499 do CC), venda de bens sob administração (art. 497 do CC) e venda de bens em condomínio ou venda de coisa comum (art. 504 do CC).

6.1.4.1 Da venda de ascendente a descendente (art. 496 do CC)

Expressa o art. 496 do CC que "É anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido. Parágrafo único. Em ambos os casos, dispensa-se o consentimento do cônjuge se o regime de bens for o da separação obrigatória". No tocante a esse diploma legal, comentam Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado que:

> "No que se refere ao contrato de compra e venda feita por ascendente a descendente, torna-se ele suscetível de anulabilidade, não mais se podendo falar de nulidade. Esta, a significativa inovação. O dispositivo espanca a vacilação então dominante na doutrina, diante do preceituado pelo art. 1.132 do CC/1916, tornando defeso que os ascendentes pudessem vender aos descendentes, sem que os outros descendentes expressamente consentissem. A referência expressa à anulabilidade contida na nova norma encerra, por definitivo, dissenso jurisprudencial acerca das exatas repercussões à validade do negócio jurídico, quando superada por decisões recentes do STJ, a Súmula 494 do STF".[1]

Em suma, o art. 496 do CC/2002 afasta o debate anterior que atormentava a jurisprudência a respeito de ser o caso de nulidade absoluta ou relativa. A questão está superada, pois o caso é de anulabilidade ou nulidade relativa. Saliente-se que as hipóteses de nulidade absoluta ou relativa são fixadas por opção legislativa, não podendo ser contrariadas.

Desse modo, para vender um imóvel para um filho, o pai necessita de autorização dos demais filhos e de sua mulher, sob pena de anulação da venda. Pela dicção do parágrafo único do dispositivo, dispensa-se a autorização do cônjuge, se o regime for o da separação obrigatória de bens, aquele que é fixado pela lei, nos termos do art. 1.641 do CC.

Insta verificar que o início desse parágrafo único, utiliza a expressão "em ambos os casos". Porém, conforme o Enunciado n. 177 do CJF/STJ, da *III Jornada de Direito Civil*, esta expressão deve ser desconsiderada, pois houve erro de tramitação, sendo certo que o projeto original da codificação trazia no *caput* tanto a venda de ascendente para descendente quanto a venda de descendente para ascendente, apontando a necessidade da referida autorização nos dois casos. Porém, a segunda hipótese (venda de descendente para ascendente) foi retirada do dispositivo, não havendo a necessidade de autorização em casos tais. Mas esqueceu-se, no trâmite legislativo, de alterar o parágrafo único. O enunciado doutrinário é de autoria do Desembargador do TJSP José Osório de Azevedo Júnior, sendo interessante destacar um trecho de suas justificativas:

> "Na realidade, não existem ambos os casos. O caso é um só: a venda de ascendente para descendente. Houve equívoco no processo legislativo. O artigo correspondente do Anteprojeto do Código Civil, publicado no *DOU* de 07.08.1972, (art. 490) não previa qualquer parágrafo. A redação era a seguinte: Art. 490 – Os ascendentes não podem vender aos descendentes, sem que os outros descendentes expressamente consintam. A venda não será, porém, anulável, se o adquirente provar que o preço pago não era inferior ao valor da coisa. No Projeto 634/1975, *DOU* 13.06.1975, houve alteração: Art. 494. É anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes expressamente houverem consentido. Em Plenário, foram apresentadas pelo Dep. Henrique Eduardo Alves as Emendas 390, 391 e 392 ao art. 494. A primeira delas para tornar nula a venda e para exigir a anuência do cônjuge do vendedor: Art. 494. É nula a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do vendedor expressamente houverem consentido. A segunda, para acrescentar um parágrafo considerando nula também a venda de descendente para ascendente: Art. 494. § 1.º É nula a venda de descendente para ascendente, salvo se o outro ascendente do mesmo grau, e o cônjuge do vendedor expressamente houverem consentido. A terceira emenda acrescentava mais um parágrafo (2.º), com a redação do atual parágrafo único, com a finalidade de dispensar o consentimento do cônjuge se o regime de bens for o da separação obrigatória: Art. 494. § 2.º Em ambos os casos, dispensa-se o consentimento do cônjuge se o regime de bens for o da separação obrigatória. Pelo que se vê do texto do Código, a primeira emenda (390) foi aprovada em parte, só para exigir a anuência do cônjuge. A segunda emenda (391) foi inteiramente rejeitada. E a terceira (392) foi acolhida e transformada no atual parágrafo único. Esqueceu-se de que a segunda emenda, que previa uma segunda hipótese de nulidade – a venda de

descendente para ascendente –, foi rejeitada. Assim, no contexto das emendas, fazia sentido lógico a presença da expressão em ambos os casos, isto é, nos dois casos de nulidade, venda de ascendente para descendente e venda de descendente para ascendente. Agora não faz sentido, porque, como foi dito no início, a hipótese legal é uma só: 'a venda de ascendente para descendente'. Houve erro material, s.m.j., e a expressão em ambos os casos deve ser tida como não escrita, dispensáveis maiores esforços do intérprete para achar um significado impossível. *A regra de que a lei não contém expressões inúteis não é absoluta*. Cumpre, portanto, desconsiderar a expressão em ambos os casos" (destaque nosso).

As justificativas do enunciado doutrinário trazem uma interpretação histórica do processo legislativo, servindo também para responder que não haverá necessidade de autorização dos herdeiros em caso de venda de descendente a ascendente. Fica também a mensagem do doutrinador: "A regra de que a lei não contém expressões inúteis não é absoluta". Ora, o que se percebe no Brasil muitas vezes é a inutilidade de algumas leis e previsões legais.

Superado esse ponto, observa-se que o art. 496 do Código de 2002 é uma norma restritiva de direitos, que não se aplica por analogia aos casos de união estável. Assim sendo, não há necessidade de autorização do companheiro para o referido ato (*outorga convivencial*).

No que se refere ao prazo para anular a referida compra e venda em virtude da falta de autorização dos demais descendentes e do cônjuge, deve-se entender que a Súmula 494 do STF está cancelada. Isso porque a dita ementa consagra prazo prescricional de 20 anos, contados da celebração do ato, para anular a compra e venda de ascendente a descendente celebrada sem as referidas autorizações. Ora, como o CC/2002 adota os critérios científicos de Agnelo Amorim Filho, para o caso em questão o prazo é decadencial e não prescricional, o que é comum para as ações condenatórias. Por isso, aplica-se o prazo de dois anos, contados da celebração do negócio, previsto no art. 179 do CC, que, na opinião deste autor, cancelou tacitamente a dita súmula.[2] O último dispositivo traz um prazo geral de decadência para a anulação de contratos e negócios jurídicos.

Com tal fim, aprovou-se o Enunciado n. 368 do CJF/STJ, na *IV Jornada de Direito Civil*, em coautoria com o Professor José Fernando Simão, prevendo que "o prazo para anular venda de ascendente para descendente é decadencial de dois anos (art. 179 do Código Civil)". Na *VI Jornada de Direito Civil* foi aprovada outra ementa doutrinária, confirmando a incidência do prazo de dois anos. Conforme o Enunciado n. 545 do CJF/STJ, "o prazo para pleitear a anulação de venda de ascendente a descendente sem anuência dos demais descendentes e/ou do cônjuge do alienante é de 2 (dois) anos, contados da ciência do ato, que se presume absolutamente, em se tratando de transferência imobiliária, a partir da data do registro de imóveis".

O enunciado, como se nota, estabelece ainda que o início do prazo se dá com o registro imobiliário em se tratando de imóveis. Com o devido respeito e conforme desenvolvido no Capítulo 2 desta obra, este autor entende que o prazo deve ser contado da escritura pública, e não do registro, uma vez que o art. 179 do CC/2002 menciona a "conclusão do ato", no sentido de sua celebração.

Em suma, negócio jurídico concluído é aquele que existe e é válido. Como se desenvolveu naquele capítulo anterior, a questão é polêmica na doutrina e na jurisprudência nacionais.

De toda sorte, a conclusão pela aplicação do prazo decadencial de dois anos vem sendo adotada pela jurisprudência mais recente (por todos: STJ, REsp 771.736-0/SC, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3.ª Turma, j. 07.02.2006, v.u; TJSP, Apelação com Revisão 644.440.4/9, Acórdão 3671454, São Caetano do Sul, 6.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Vito Guglielmi, j. 04.06.2009, *DJESP* 26.06.2009; TJMG, Apelação Cível 1.0518.05.085096-6/0011, Poços de Caldas, 15.ª Câmara Cível, Rel. Des. Bitencourt Marcondes, j. 08.05.2008, *DJEMG* 04.06.2008). Concluindo, a Súmula 494 do STF não tem mais aplicação, devendo ser cancelada por aquele Tribunal Superior.

Por derradeiro, pontue-se que a jurisprudência superior tem entendido que a anulação da venda de ascendente para descendente somente é cabível se houver prova do prejuízo pela parte que alega a anulabilidade (ver: STJ, REsp 476.557/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, *DJ* 22.03.2004; EREsp 661.858/PR, 2.ª Seção, Rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJE* 19.12.2008 e REsp 752.149/AL, Rel. Min. Raul Araújo, 4.ª Turma, 02.10.2010, citados em REsp 953.461/SC, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3.ª Turma, j. 14.06.2011, *DJe* 17.06.2011). Mais recentemente, foi pronunciado naquela Corte Superior que "não é possível ao magistrado reconhecer a procedência do pedido no âmbito de ação anulatória da venda de ascendente a descendente com base apenas em presunção de prejuízo decorrente do fato de o autor da ação anulatória ser absolutamente incapaz quando da celebração do negócio por seus pais e irmão. Com efeito, tratando-se de negócio jurídico anulável, para que seja decretada a sua invalidade é imprescindível que se comprove, no caso concreto, a efetiva ocorrência de prejuízo, não se admitindo, na hipótese em tela, que sua existência seja presumida" (STJ, REsp 1.211.531/MS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 05.02.2013). Os julgados citados seguem a linha de conservar ao máximo o negócio jurídico, prestigiando a função social do contrato de compra e venda.

6.1.4.2 Da venda entre cônjuges (art. 499 do CC)

O art. 499 do CC/2002 possibilita a compra e venda entre cônjuges, desde que o contrato seja compatível com o regime de bens por eles adotado. Assim, somente é possível a venda de bens excluídos da comunhão, residindo no final do dispositivo a restrição específica da compra e venda. Se um bem que já fizer parte da comunhão for vendido, a venda é nula, por impossibilidade do objeto (art. 166, II, do CC).

A norma em questão não é totalmente restritiva, ao contrário da anteriormente comentada. Portanto, o art. 499 pode ser aplicado por analogia à união estável, sendo possível a venda entre companheiros de bens excluídos da comunhão. Lembre-se que, em regra e a exemplo do que ocorre

com o casamento, o regime de bens da união estável é o da comunhão parcial de bens, não havendo contrato de convivência prevendo o contrário (art. 1.725 do CC).

Contudo, deve ser feito o alerta de que a compra e venda entre cônjuges não poderá ser celebrada com fraude contra credores, fraude à execução ou simulação. No primeiro caso será anulável (art. 171 do CC), no segundo será ineficaz (art. 593 do CPC), e no terceiro será nula (art. 167 do CC). Não havendo vícios, é perfeitamente possível a referida venda entre cônjuges. Primeiro, pelo seu caráter bilateral e oneroso, havendo uma prestação mediante contraprestação. Segundo, porque o CC/2002 possibilita até a mudança de regime de bens, desde que justificada (art. 1.639, § 2.º, do CC).

Anote-se que a segunda razão afasta o entendimento clássico, pelo qual a venda entre cônjuges casados pela separação obrigatória de bens constituiria uma fraude ao regime de bens. Ora, diante de uma flexibilização do próprio sistema, e pela presunção da boa-fé no sistema civil, não há que se defender a impossibilidade dessa venda. Em havendo compra e venda entre os cônjuges, real no plano fático, o contrato é válido.

Cumpre relevar, ainda, que a venda é possível mesmo no regime da comunhão universal, pois há bens excluídos nesse regime, caso dos bens de uso pessoal e dos utensílios de trabalho de cada um dos consortes, que podem ser vendidos entre eles (art. 1.668 do CC).

Vejamos, então, o quadro que analisa a viabilidade de vendas entre os cônjuges, regime por regime.

É possível a venda entre cônjuges?

→ No regime da comunhão parcial de bens? – Sim, quanto aos bens particulares.

→ No regime da comunhão universal de bens? – Sim, quanto aos bens incomunicáveis (art. 1.668 do CC).

→ No regime da participação final nos aquestos? – Sim, em relação aos bens que não entram na participação.

→ No regime da separação de bens legal ou convencional? – Sim, em regra, desde que não haja ilicitude ou fraude.

6.1.4.3 *Da venda de bens sob administração (art. 497 do CC)*

De acordo com o art. 497 do CC, não podem ser comprados, ainda que em hasta pública:

I – *Pelos tutores, curadores, testamenteiros e administradores, os bens confiados à sua guarda ou administração*. A lei receia que estas pessoas façam prevalecer sua posição especial para obter vantagens, em detrimento dos titulares, sobre os bens que guardam ou administram.

II – *Pelos servidores públicos, em geral, os bens ou direitos da pessoa jurídica a que servirem ou que estiverem sob sua administração direta ou indireta*. A lei visa, aqui, proteger a moralidade pública.

III – *Pelos juízes e serventuários da Justiça em geral (secretários de tribunais, arbitradores, peritos e outros serventuários) os bens a que se litigar no Tribunal onde servirem*. Aqui o motivo é mais uma vez a moralidade e a estabilidade da ordem pública. Mas excepciona o art. 498 do CC, prevendo que, em tais hipóteses, não haverá proibição nos casos de compra ou cessão entre coerdeiros, em pagamento de dívida ou para garantia de bens já pertencentes a essas pessoas (juízes e serventuários).

IV – *Pelos leiloeiros e seus prepostos quanto aos bens de cuja venda estejam encarregados*. O motivo é também a moralidade, diante do *munus* que reveste tais administradores temporários.

As restrições envolvem a própria *liberdade de contratar*, pois há vedação de celebração do negócio jurídico entre determinadas pessoas. As proibições constantes do dispositivo atingem ainda a cessão de crédito que tenha caráter oneroso (art. 497, parágrafo único, do CC). A aplicação da restrição somente à cessão onerosa é defendida pelo Professor Álvaro Villaça Azevedo, a quem se filia.[3]

Por fim, anote-se que o art. 497 do atual CC não faz mais menção à restrição constante do art. 1.133, II, do CC/1916, seu correspondente, qual seja a impossibilidade de compra pelos mandatários de bens de cuja administração ou alienação estejam encarregados. Aliás, previa anteriormente a antiga Súmula 165 do STF que "a venda realizada diretamente pelo mandante ao mandatário não é atingida pela nulidade do art. 1.133, II, do Código Civil". Realmente o CC/2002 não poderia trazer mais essa restrição, eis que autoriza o *mandato em causa própria*, em que o mandatário pode adquirir o bem do mandante (arts. 117 e 685 do CC).

6.1.4.4 *Da venda de bens em condomínio ou venda de coisa comum (art. 504 do CC*

Nos termos do art. 504 do CC, não pode um condômino em coisa indivisível vender a sua parte a estranhos, se o outro condômino a quiser, tanto por tanto (em igualdade de condições). O condômino, a quem não se der conhecimento da venda, poderá, depositando o preço, haver para si a parte vendida a estranhos, se o requerer no prazo de 180 dias, sob pena de decadência.

Para esclarecer essa importante restrição relacionada com a compra e venda, é preciso lembrar a seguinte classificação do condomínio:

– Condomínio *pro indiviso* – quando o bem não se encontra dividido no plano físico ou fático entre os vários proprietários, de modo que cada um apenas possui parte ou fração ideal. Nesse caso, aplica-se a restrição do art. 504 do CC.

– Condomínio *pro diviso* – quando apesar de possuírem em condomínio, cada condômino tem a sua parte delimitada e determinada no plano físico. Cada condômino pode vender sua parte a terceiro, sem estar obrigado a oferecê-la aos outros condôminos. É o que ocorre em relação à unidade autônoma em condomínio edilício, que pode ser vendida a terceiro, sem qualquer direito de preferência a favor dos demais condôminos. Em suma, não se aplica a restrição do art. 504 do CC.

Surge uma primeira dúvida prática, referente à aplicação do art. 504 do CC. Isso porque, quando da *IV Jornada de Direito Civil*, José Osório de Azevedo Jr., um dos grandes especialistas no tema da compra e venda no Brasil, fez proposta de enunciado no seguinte sentido: "O preceito do art. 504 do Código Civil aplica-se tanto às hipóteses de coisa indivisível como às de coisa divisível". Em suas justificativas, o jurista apontou a existência de entendimento no Superior Tribunal de Justiça de aplicação da restrição também para a venda de bens divisíveis, apesar de resistências. Vejamos o trecho fundamental do seu parecer:

> "O STJ julga nos dois sentidos: a) *Direito de preferência – Condomínio – Condômino – Restringe-se esse direito à hipótese de coisa indivisível e não simplesmente indivisa. (STJ – REsp. 60.656 – SP – Rel. Min. Eduardo Ribeiro – J. 06.08.1996 – DJU 29.10.1996). Condomínio – Coisa divisível – Alienação de fração ideal – Direito de preferência – Artigo 1.139 do CC. O condômino não pode alienar o seu quinhão a terceiro, sem prévia comunicação aos demais consortes, a fim de possibilitar a estes o exercício do direito de preferência, tanto por tanto, seja a coisa divisível ou não (STJ – REsp 71.731 – SP – 4.ª T. – Rel. Min. Cesar A. Rocha – DJU 13.10.1998)*. O CC/2002 perdeu a oportunidade de dirimir a controvérsia. Urge dar ao texto interpretação sistemática, harmonizando-o com o preceito do art. 1.314, § único, a saber: *Art. 1.314 – Cada condômino pode usar da coisa conforme sua destinação, sobre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão, reivindicá-la de terceiro, defender a sua posse e alhear a respectiva parte ideal, ou gravá-la. Parágrafo único. Nenhum dos condôminos pode alterar a destinação da coisa comum, nem dar posse, uso ou gozo dela a estranhos, sem o consenso dos outros*. Não é coerente exigir o consenso dos condôminos para transmitir posse a estranhos e afastar essa exigência em caso de transmissão de propriedade, e, consequentemente, da própria posse. Em abono dessa tese, também se observam os arts. 1.794 e 1.795, a propósito de venda de quota hereditária. Aqui o CC inovou e deixou expresso o direito de preferência dos herdeiros, sem qualquer distinção quanto à indivisibilidade dos bens que compõem o acervo. Quanto a esse ponto, também diverge a jurisprudência: Pela preferência: STJ, REsp 33.176, r. Min. Cláudio Santos, j. 03.10.1995, indicando precedentes – REsp 4.180 e 9.934; Em sentido contrário: REsp 60.656-0-SP – 3.ª T., j. 06.08.1996, *DJU* 29.10.1996, *RT* 737/192. Diante do exposto, propõe-se o enunciado *supra*, prestigiando a interpretação sistemática em detrimento da literal, que é a mais tosca de todas".

A questão é realmente polêmica no próprio STJ, como se pode perceber da proposta de enunciado doutrinário. Todavia, inicialmente, ainda é majoritário o entendimento de que a restrição somente se aplica aos casos de condomínio de coisa indivisível. A norma do art. 504 do CC é restritiva da autonomia privada e, sendo assim, não admite interpretação extensiva ou analogia.

Desse modo, no caso do condomínio ser *pro indiviso* e o bem indivisível, cada condômino só pode vender sua parte a estranhos se antes oferecer aos outros condôminos. Tal situação poderá abranger tanto os bens móveis quanto os imóveis.

Constata-se, a par desses esclarecimentos, que a *prelação legal* ou *preempção legal* é o direito de preferência do condômino sobre a venda de bem indivisível. O condômino a quem não se der conhecimento da venda poderá, depositando o preço, haver para si a parte vendida a estranhos, no prazo decadencial de 180 dias.

Conforme reconhece parte da doutrina, trata-se de uma ação anulatória de compra e venda, que

segue rito ordinário.[4] Todavia, há o posicionamento de que a ação é de adjudicação, pois o principal efeito da ação é constituir positivamente a venda para aquele que foi preterido.[5] O último entendimento parece ser o mais correto tecnicamente, mas o primeiro também é muito adotado, inclusive pela jurisprudência (nesse sentido, ver: STJ, REsp 174.080/BA, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. 26.10.1999, *DJ* 13.12.1999, p. 153). Tendo em vista o princípio da boa-fé objetiva, o depósito deve ser integral para que a parte preterida em seu direito de preferência exercite-o.

Quanto ao início da contagem do prazo de 180 dias, não há menção na lei, surgindo três interpretações doutrinárias:

> – Maria Helena Diniz entende, citando jurisprudência, que esse se dará com a ciência da alienação – *RT* 432/229 e 543/144.[6]
>
> – Sílvio de Salvo Venosa posiciona-se no sentido de que o prazo será contado da consumação do negócio. Mais à frente o jurista afirma que "o prazo deva começar a correr da data em que efetivamente o interessado tomou ciência do negócio, e, no caso de imóveis, da data do registro imobiliário", o que causa confusão.[7]
>
> – Álvaro Villaça Azevedo sustenta que no caso de bens imóveis o prazo começa a fluir do registro imobiliário. Esse entendimento já foi adotado pela jurisprudência mineira (TJMG, Apelação Cível 1.0261.05.032670-9/001, Formiga, 16.ª Câmara Cível, Rel. Des. José Amâncio, j. 25.01.2006, *DJMG* 10.03.2006).[8]

Com o devido respeito aos outros, filia-se ao primeiro entendimento mais justo e adequado à boa-fé, por valorizar a informação, distanciando-se das meras presunções que decorrem de formalidades. Ademais, ao contrário dos arts. 178 e 179 do CC, não há menção no art. 504 da codificação privada à realização ou à conclusão do ato.

Sendo muitos os condôminos, deverá ser respeitada a seguinte ordem (art. 504, parágrafo único, do CC):

1.º) Terá preferência o condômino que tiver benfeitorias de maior valor (vedação do enriquecimento sem causa, em sintonia com boa-fé).
2.º) Na falta de benfeitorias, terá preferência o dono do quinhão maior (também diante da vedação do enriquecimento sem causa)
3.º) Na falta de benfeitorias e sendo todos os quinhões iguais, terá preferência aquele que depositar judicialmente o preço (princípio da anterioridade, em sintonia com a boa-fé objetiva).

Por fim, é importante deixar claro que essa forma de preferência não se confunde com outras preferências, como a *preempção convencional* (arts. 513 a 520 do CC) e com o direito de preferência do locatário (art. 33 da Lei 8.245/1991), institutos que merecem estudo à parte.

6.1.5 Regras especiais da compra e venda

6.1.5.1 Venda por amostra, por protótipos ou por modelos (art. 484 do CC)

A primeira regra especial da compra e venda a ser estudada é a venda por amostra, por protótipos ou por modelos, que funciona sob condição suspensiva. Inicialmente, é preciso diferenciar o que seja amostra, protótipo e modelo.

A amostra pode ser conceituada como sendo a reprodução perfeita e corpórea de uma coisa determinada. O protótipo é o primeiro exemplar de uma coisa criada (invenção). Por fim, o modelo constitui uma reprodução exemplificativa da coisa, por desenho ou imagem, acompanhada de uma descrição detalhada.[9]

Como exemplos desses contratos, podem ser citados os negócios celebrados por viajantes que vendem tecidos, roupas e outras mercadorias em lojas do interior do Brasil, sob a promessa de entregar as peças conforme o *mostruário*. São os antigos *mascates ou caixeiros viajantes*.

Se a venda tiver como objeto bens móveis e se realizar por amostra, protótipos ou modelos, há uma presunção de que os bens serão entregues conforme a qualidade prometida. Caso tal entrega não seja efetuada conforme o pactuado, terão aplicação as regras relacionadas com os vícios redibitórios e do produto, o que depende da relação estabelecida, se civil ou de consumo.

Em suma, a venda por amostra, que funciona como cláusula tácita, tem eficácia suspensiva, não ocorrendo o aperfeiçoamento do negócio até ulterior tradição, com a qualidade esperada. Se os bens *não* forem entregues conforme o modelo, amostra ou protótipo, poderá o contrato de compra e venda ser desfeito (condição resolutiva). As questões envolvem o plano da eficácia do contrato (terceiro degrau da *Escada Ponteana*).

Conforme dispõe o parágrafo único do art. 484 do CC, prevalece a amostra, o protótipo ou o modelo havendo contradição ou diferença em relação ao modo de descrição da coisa no contrato. O meio de oferta acaba prevalecendo, o que está em sintonia com o art. 30 do CDC. Ambos os dispositivos *dialogam*, relativizando a força obrigatória do contrato (*pacta sunt servanda*) e mantendo relação com o princípio da função social dos contratos e com a boa-fé objetiva.

6.1.5.2 Venda a contento ou sujeita à prova (arts. 509 a 512 do CC)

A venda a contento (*ad gustum*) e a sujeita à prova são tratadas no CC/2002 como *cláusulas especiais da compra e venda*. Assim também devem ser tidas em provas de graduação e de primeira fase nos concursos públicos. Mas, como muitas vezes são presumidas em alguns contratos (*v.g.*, venda de vinhos, perfumes, gêneros alimentícios etc.), não havendo a necessidade de previsão no instrumento, as categorias serão tratadas como regras especiais. Isso somente para fins didáticos, diga-se de passagem, pois a venda a contento e a venda sujeita à prova podem ser inseridas em

contratos, constituindo cláusulas especiais ou pactos adjetos.

Nos dois casos, a venda não se aperfeiçoa enquanto o comprador não se declara satisfeito com o bem a ser adquirido (condição suspensiva). Percebe-se que os seus efeitos são similares à venda por amostra. A venda não se reputará perfeita enquanto o adquirente não manifestar seu agrado (art. 509 do CC). Desse modo, a tradição não gerará a transferência da propriedade, mas tão somente a da posse direta.

Enquanto o comprador não manifestar sua vontade, suas obrigações serão as de um mero comodatário (art. 511 do CC). Em suma, até o ato de aprovação, a coisa pertence ao vendedor.

Eventual rejeição da coisa por parte do comprador que não a aprovou, funciona como condição resolutiva. A recusa deve ser motivada no bom senso, não podendo estar fundada em mero capricho. Também aqui a boa-fé objetiva pode ser utilizada pelo juiz para interpretar o contrato. Destaque-se, outrossim, que a venda a contento gera um direito personalíssimo, ou seja, que não se transmite aos sucessores do comprador por ato *inter vivos* ou *causa mortis*, sendo que o falecimento do comprador extingue tal direito.

Não havendo prazo estipulado para a manifestação do comprador, o vendedor terá direito de intimá-lo, judicial ou extrajudicialmente, para que o faça em prazo improrrogável (art. 512 do CC). Logicamente, na venda de vinhos isso não ocorre, eis que o contrato é verbal e instantâneo. Tendo sido intimado o comprador, que é tratado como mero comodatário até a aprovação, incidirá a parte final do art. 582 do CC, surgindo para ele o dever de pagar, até a restituição da coisa, um aluguel a ser arbitrado pelo comodante (a título de pena), sendo também cabível a propositura de ação de reintegração de posse para reaver a coisa.

A diferença básica primordial entre venda a contento e sujeita à prova é que no primeiro caso o comprador não conhece ainda o bem que irá adquirir, havendo uma aprovação inicial. Na venda sujeita à prova, a coisa já é conhecida. No último caso, o comprador somente necessita da prova de que o bem a ser adquirido é aquele que ele já conhece, tendo as qualidades asseguradas pelo vendedor e sendo idôneo para o fim a que se destina. A venda sujeita à prova também funciona sob condição suspensiva, aplicando-se os mesmos efeitos jurídicos previstos para a venda *ad gustum* (art. 510 do CC).

6.1.5.3 *Venda por medida, por extensão ou* ad mensuram *(art. 500 do CC)*

No caso de compra e venda de um bem imóvel, poderão as partes estipular o preço por medida de extensão, situação em que a medida passa a ser condição essencial ao contrato efetivado, presente a venda *ad mensuram*. Nessa hipótese, a área do imóvel não é simplesmente enunciativa ao contrário do que ocorre na venda *ad corpus*, onde um imóvel é vendido como corpo certo e determinado,

independente das medidas especificadas no instrumento, que são apenas enunciativas. Como exemplo de venda *ad mensuram*, pode ser citado o caso de compra e venda de um *imóvel por metro quadrado* (m^2).

No caso de venda por extensão, admite-se, em regra, uma variação de área de até 1/20 (um vigésimo), ou seja, 5% (cinco por cento), existindo uma presunção relativa ou *iuris tantum* de que tal variação é tolerável pelo comprador. Mas este pode provar o contrário, requerendo a aplicação das regras relacionadas com esse *vício redibitório especial*, nos termos do art. 500 do CC.

Desse modo, se a área não corresponder ao que for pactuado e o imóvel não tiver sido vendido como coisa certa e discriminada (ainda que não conste de modo expresso que a venda foi *ad corpus* – art. 500, § 3.º, do CC), havendo uma variação superior ao tolerável, estará presente o vício, podendo o comprador prejudicado exigir:

> 1.º) A complementação da área, por meio da ação *ex empto*.
>
> 2.º) O abatimento proporcional no preço, por meio da ação *quanti minoris*.
>
> 3.º) A resolução do contrato, com a devolução do que foi pago (ação redibitória). Havendo má-fé por parte do alienante, este induz culpa, podendo o comprador requerer as perdas e danos que o caso concreto indicar.

Por razões óbvias, para a complementação da área, é necessário que o vendedor seja proprietário do imóvel vizinho. Havendo inviabilidade física, tal pedido não cabe.

Questionamento importante é saber se se trata de opções do comprador, ou se a ordem acima descrita deve ser seguida. Apesar de o primeiro entendimento ser muito plausível, deve-se aplicar o princípio da conservação contratual, que mantém relação com a função social (Enunciado n. 22 do CJF/STJ). Desse modo, a resolução do contrato deve ser encarada como a *ultima ratio*, o último caminho a ser percorrido.

Mas se, em vez de faltar área, houver excesso, quem estará em uma situação de prejuízo é o vendedor. Este ingressará com ação específica, devendo provar que tinha motivos justos para ignorar a medida exata da área. O fundamento dessa ação é o enriquecimento sem causa por parte do comprador. Assim sendo, na ação proposta pelo vendedor, o comprador tem duas opções: 1.º) completar o valor correspondente ao preço ou 2.º) devolver o excesso. No que toca à devolução do excesso, obviamente surgirão despesas que deverão ser arcadas por alguém (exemplo: destruição e construção de cercas e muros). Para a divisão dessas despesas, deve ser aplicado o princípio da boa-fé. Se houver indícios de que o vendedor sabia do vício, deverá ele arcar com tais despesas de forma integral. Havendo má-fé do comprador, este é quem deverá arcar com tais valores. Caso contrário, as despesas deverão ser divididas entre as partes, sendo vedada a caracterização da onerosidade excessiva.

O prazo decadencial para o ingresso de todas as ações referenciadas é de um ano, contado do registro do título (art. 501 do CC). De acordo com o parágrafo único desse dispositivo, tal prazo não correrá enquanto o interessado não for imitido na posse do bem. Trata-se de um caso excepcionalíssimo de impedimento ou suspensão da decadência, em sintonia com o art. 207 do CC.

Por fim, se a venda for realizada *ad corpus*, ou seja, sendo o imóvel vendido como coisa certa e discriminada, não caberão os pedidos aqui descritos, eventualmente formulados pelo suposto comprador ou vendedor prejudicados. Exemplo típico é o caso de compra e venda de um rancho, interessando mais ao comprador que seja banhado por águas de um rio, onde pretende pescar nos finais de semana, do que a extensão exata do imóvel.

Para terminar o estudo da venda *ad mensuram* é importante destacar que o Superior Tribunal de Justiça entendeu pela incidência do CDC ao contrato em questão, aplicando o conceito de cláusula abusiva no caso de previsão contratual reiteradamente incluída por uma construtora do Distrito Federal em seus contratos, que enunciava a possibilidade de variação da área em até 5%, conforme o art. 500 do CC. Entendeu-se que a repetição constante da cláusula representaria abuso de poder econômico, violando o equilíbrio dos pactos, a boa-fé objetiva e a função social do contrato (STJ, REsp 436.853/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 04.05.2006, *DJ* 27.11.2006, p. 273).

O julgado é um exemplo típico de incidência da teoria do diálogo das fontes a uma *venda de consumo*. A sua conclusão é perfeita, punindo um conhecido construtor de Brasília, que tinha o costume de inserir cláusulas nesse sentido em seus contratos de compra e venda de imóvel. Fez-se justiça, portanto.

6.1.5.4 *Venda de coisas conjuntas (art. 503 do CC)*

A prática do contrato de compra e venda possibilita a venda de coisas conjuntas. A título de exemplo, pode ser citada a venda de um rebanho bovino, em que há uma *universalidade de fato*, decorrente da autonomia privada, nos termos do art. 90 do CC. A venda de coisas conjuntas ainda está presente nos casos de alienação de bens que compõem a *universalidade de direito*, o complexo de relações jurídicas de uma pessoa, dotado de valor econômico, caso da herança e do patrimônio (art. 91 do CC).

Em todas essas situações, dispõe o art. 503 do CC uma regra especial, pela qual nas coisas vendidas conjuntamente o defeito oculto de uma coisa não autoriza a rejeição de todas. Não há dúvidas de que o dispositivo está inspirado no princípio da conservação negocial, que tem relação com a eficácia interna da função social dos contratos (Enunciados n. 22 e n. 360 do CJF/STJ). Ilustrando, o vício que atinge o boi não gera a rejeição de todo o rebanho; o problema que atinge uma coisa que compõe o acervo patrimonial não gera a extinção de todo o contrato.

Inicialmente, o dispositivo tem relação com o tratamento dos vícios redibitórios, previstos para as relações civis, nos termos dos arts. 441 a 446 da codificação, não cabendo as ações edilícias em casos tais. Porém, invocando-se a teoria do *diálogo das fontes*, o *defeito* presente também pode constituir um vício ou fato do produto, conforme dispõem os arts. 12, 13, 18 e 19 do Código de Defesa do Consumidor. Isso, desde que preenchidos os requisitos da relação de consumo (arts. 2.º e 3.º da Lei 8.078/1990). Exemplificando a última hipótese, a compra de uma coleção de livros jurídicos não pode ser resolvida se apenas um livro apresentar defeito, como a existência de algumas páginas em branco. Conclusão em contrário feriria a função social dos pactos e a própria teoria do adimplemento substancial, aqui invocada.

Por fim, como exceção, o art. 503 da codificação não deve ser aplicado para os casos de *venda coletiva*, ou seja, "a venda na qual as coisas vendidas constituem um todo só, como no caso da parelha de cavalos ou do par de sapatos".[10] Também, segundo a doutrina, o comando legal em apreço não se aplica aos casos em que os bens defeituosos se acumulam ou se avultam, ou se o vício de um deles gera uma depreciação significativa do conjunto.[11] Os civilistas citados têm total razão.

6.1.6 Das cláusulas especiais da compra e venda

As cláusulas especiais ou pactos adjetos são previsões que alteram os efeitos da compra e venda, dando-lhe feição diferenciada. Vale a crítica de Sílvio de Salvo Venosa, no sentido de que "A maioria desses institutos apresenta, modernamente, pouca aplicação e diminuta importância prática".[12] De toda sorte, o CC/2002 consagra entre tais categorias:

- *Cláusula de retrovenda (arts. 505 a 508 do CC).*
- *Cláusula de venda a contento e cláusula de venda sujeita à prova (arts. 509 a 512 do CC).*
- *Cláusula de preempção ou preferência (arts. 513 a 520 do CC).*
- *Cláusula de venda com reserva de domínio (arts. 521 a 528 do CC).*
- *Cláusula de venda sobre documentos (arts. 529 a 532 do CC).*

As cláusulas especiais, para valerem e terem eficácia, devem constar expressamente do instrumento, ponto que as diferencia das regras especiais, antes estudadas. Repita-se que justamente por serem presumidas em alguns contratos é que a venda a contento e a venda sujeita à prova foram elencadas como *regras especiais*. De qualquer modo, alerte-se, mais uma vez, que tais figuras jurídicas são tratadas como *cláusulas especiais*. Com exceção desses institutos, outrora visualizados, passa-se a tratar das demais cláusulas especiais ou pactos adjetos da compra e venda. É pertinente assinalar que o CC/2002 não prevê mais, expressamente, o pacto comissório (art. 1.163 do CC/1916) e o pacto de melhor comprador (arts. 1.158 a 1.162 do CC/1916). O *pacto comissório*

contratual ainda é possível, abstraído do art. 474 do CC. Porém, a figura do pacto de melhor comprador foi totalmente banida pela atual codificação privada, por ser incompatível com a boa-fé.

6.1.6.1 *Cláusula de retrovenda*

Constitui um pacto inserido no contrato de compra e venda pelo qual o vendedor reserva-se o direito de reaver o imóvel que está sendo alienado, dentro de certo prazo, restituindo o preço e reembolsando todas as despesas feitas pelo comprador no período de resgate, desde que previamente ajustadas (art. 505 do CC). Tais despesas incluem as benfeitorias necessárias, conforme o citado texto legal.

Na verdade, essa cláusula especial confere ao vendedor o direito de desfazer a venda, reavendo de volta o bem alienado dentro do prazo máximo de três anos (prazo decadencial). Deve ficar claro que a cláusula de retrovenda (*pactum de retrovendendo* ou cláusula de resgate) somente é admissível nas vendas de bens imóveis.

Critica-se o fato de o CC/2002 continuar a tratar dessa cláusula especial. Isso porque, na prática, encontra-se presente, muitas vezes, em casos envolvendo fraudes ou atos ilícitos. Comenta José Osório de Azevedo Jr. que:

> "Raramente aparecem nos tribunais negócios de retrovenda autênticos. Geralmente são utilizados por emprestadores de dinheiro que querem fugir dos percalços de uma execução judicial, sempre complexa e demorada e na qual certamente virá à tona o valor das taxas dos juros. Por isso, usam do pacto de retrovenda como garantia do empréstimo; se o devedor não conseguir pagar e não exercer o direito de recompra, a coisa fica definitivamente na titularidade do comprador".[13]

Da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo a presença de simulação e de ilicitude em tal negócio, podem ser transcritas as seguintes ementas:

> "Recurso especial. Ação de imissão de posse cumulada com ação condenatória. Compromisso de compra e venda firmado com cláusula de retrovenda. Ao concluir que o negócio jurídico foi celebrado no intuito de garantir contrato de mútuo usurário e, portanto, consistiu em simulação para ocultar a existência de pacto comissório. (...) É nulo o compromisso de compra e venda que, em realidade, traduz-se como instrumento para o credor ficar com o bem dado em garantia em relação a obrigações decorrentes de contrato de mútuo usurário, se estas não forem adimplidas. Isso porque, neste caso, a simulação, ainda que sob o regime do Código Civil de 1916 e, portanto, concebida como defeito do negócio jurídico, visa encobrir a existência de verdadeiro pacto comissório, expressamente vedado pelo artigo 765 do Código Civil anterior (1916). 2.1 Impedir o devedor de alegar a simulação, realizada com intuito de encobrir ilícito que favorece o credor, vai de encontro ao princípio da equidade, na medida em que o 'respeito aparente ao disposto no artigo 104 do Código Civil importaria manifesto desrespeito à norma de ordem pública, que é a do artigo 765 do mesmo Código', que visa, a toda evidência, proteger o dono da coisa dada em garantia (Cf. REsp nº 21.681/SP, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, DJ 03/08/1992) (...)" (STJ, REsp 1.076.571/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, 4.ª Turma, j. 11.03.2014, *DJe* 18.03.2014).

> "Compra e venda. Retrovenda. Simulação. Medida cautelar. É cabível o deferimento de medida liminar para suspender os

efeitos de escritura de compra e venda de imóveis que teria sido lavrada com o propósito de encobrir negócio usurário. Fatos processuais que reforçam essa ideia. Conveniência, porém, de que seja prestada caução (art. 804 do CPC). Recurso conhecido em parte e nessa parte provido" (STJ, REsp 285.296/MT, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4.ª Turma, j. 22.03.2001, *DJ* 07.05.2001, p. 150).

Voltando à análise da retrovenda válida juridicamente, percebe-se que a cláusula tem o condão de tornar a compra e venda resolúvel. Assim sendo, tecnicamente, trata-se de cláusula resolutiva expressa, porque enseja ao vendedor a possibilidade de desfazer a venda, operando-se o resgate do bem e a consequente extinção do contrato, reconduzindo as partes ao estado anterior. Em outras palavras, a propriedade do comprador, até o prazo de três anos, é resolúvel.

Esse direito de retrato deve ser exercido dentro do prazo *máximo* de três anos, podendo ser por prazo inferior desde que as partes convencionem, pois a lei utiliza a expressão destacada. Porém, não se admite que as partes estipulem um prazo superior, caso em que será reputado não escrito somente o excesso. Portanto, na última hipótese, deve ser aplicada a primeira parte do art. 184 do CC/2002, pelo qual "respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável", prevalecendo os três anos como prazo para o resgate. Esse prazo decadencial é contado da data em que se concluiu o contrato.

Se o comprador se recusar a receber as quantias a que faz *jus*, o vendedor, para exercer o direito de resgate, as depositará judicialmente (art. 506 do CC). O dispositivo possibilita o ingresso da *ação de resgate*, de rito ordinário, pela qual o vendedor obtém o domínio do imóvel a seu favor, tendo a demanda eficácia *erga omnes*, diante do caráter real do instituto. Essa ação é constitutiva positiva, o que justifica o prazo decadencial de três anos.

Mas, nessa ação de resgate, se verificada a insuficiência do depósito judicial realizado, não será o vendedor restituído no domínio da coisa, até e enquanto não for integralmente pago o comprador (art. 506, parágrafo único, do CC). O vendedor tem, desse modo, uma última chance para quitar o preço, à luz da boa-fé objetiva, havendo a coisa para si.

Nos termos da lei, o direito de resgate ou de retrato poderá ser exercido pelo devedor ou pelos seus herdeiros e legatários, particularmente em relação a terceiro adquirente (art. 507 do CC). Está reconhecida, assim, a transmissibilidade *causa mortis* da cláusula de retrovenda. Dúvidas existem quanto à possibilidade de transmissão *inter vivos* desse direito, inclusive de forma onerosa, surgindo duas correntes doutrinárias:

- Para Maria Helena Diniz, não é possível a cessão por ato *inter vivos*, por tratar-se de direito personalíssimo do vendedor.[14]
- Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo, seria possível a transmissão, inclusive por escritura pública.[15]

Filia-se à segunda corrente, eis que não consta qualquer proibição expressa da lei nesse sentido. Além disso, norma restritiva da autonomia privada não admite analogia ou interpretação extensiva.

Por fim, o art. 508 do CC em vigor trata da retrovenda feita por condôminos. Quando a duas ou mais pessoas couber o direito de retrato sobre o mesmo imóvel, e só uma delas o exercer, poderá o comprador intimar as demais para nele acordarem. No entanto, prevalecerá o pacto em favor de quem haja efetuado o depósito, contanto que seja integral. O comando legal em questão acaba por prestigiar a conduta de boa-fé.

6.1.6.2 Cláusula de preempção, preferência ou prelação convencional

A cláusula de preempção, preferência ou prelação convencional é aquela pela qual o comprador de um bem móvel ou imóvel terá a obrigação de oferecê-lo a quem lhe vendeu, por meio de notificação judicial ou extrajudicial, para que este use do seu direito de prelação em igualdade de condições, ou seja, "tanto por tanto", no caso de alienação futura (art. 513 do CC). O instituto se aplica aos casos de venda e dação em pagamento.

De início, é importante não confundir a *preempção*, que significa preferência, com a *perempção civil*. Esta última é a extinção da hipoteca pelo decurso temporal de 30 anos, conforme art. 1.485 do CC. Em relação à preempção, o CC/2002 consagra dois prazos com tratamento distinto.

De início, o art. 513, parágrafo único, do CC traz o prazo de extensão temporal máxima (prazo de cobertura), ou seja, a preferência somente abrangerá o prazo de 180 dias para bens móveis e dois anos para imóveis. Entende-se que tais prazos devem ser contados da data da realização da venda original. O transcurso desses prazos máximos torna possível a venda do bem a outrem, sem que haja o direito de preferência. A título de exemplo, se *A* vendeu a *B* um imóvel constando cláusula de preferência a favor do primeiro, se *B* (comprador) pretende vender a terceiro três anos após a venda originária, *A* (vendedor) não terá mais o referido direito de preempção na compra do bem.

Os esquemas a seguir demonstram como funcionam os citados prazos de extensão:

Compra e venda – Preempção Convencional

Móveis

Data da venda — 180 dias

Há preferência | Não há preferência

Imóveis

Data da venda — 2 anos

Há preferência | Não há preferência

Conclui-se que tais prazos podem ser reduzidos, pois o art. 513, parágrafo único, do CC, ao mencionar a expressão “não poderá exceder” traz a ideia de que esses prazos podem ser alterados a menor. De qualquer forma, a questão é controversa, pois há quem entenda pela impossibilidade de sua alteração.[16]

Por conseguinte, o art. 516 do CC consagra prazos decadenciais para a manifestação do vendedor originário, aquele que tem o direito de preferência, pois o vendedor deve ser notificado judicial ou extrajudicialmente pelo comprador, que pretende vender ou dar o bem a terceiro (art. 514 do CC).

Inexistindo prazo previamente estipulado pelas partes, o direito de preempção caducará, se a coisa for móvel, não se exercendo nos três dias, e se for imóvel, nos sessenta dias subsequentes à data em que o comprador tiver notificado o vendedor, judicial ou extrajudicialmente. A não execução do direito de preempção implica em renúncia tácita a tal direito, sendo certo que tais prazos também são decadenciais. Em outras palavras, se o vendedor não se manifestar, perderá a preferência. Pelo próprio texto legal, percebe-se que tais prazos não podem ser diminuídos pelas partes interessadas, mas apenas aumentados.

Os prazos referidos, portanto, não se confundem, conforme quadro abaixo:

– Prazos do art. 513, parágrafo único, do CC – *180 dias* para móveis e *2 anos* para imóveis – Prazos de extensão da preferência.

– Prazos do art. 516 do CC – *3 dias* para móveis e *60 dias* para imóveis – Prazos para manifestação do vendedor, após a notificação. Isso, dentro do *período de extensão da preferência*.

De acordo com o art. 515 do CC, aquele que exerce a preferência, o preemptor, ou antigo proprietário da coisa, tem a obrigação de pagar o preço ajustado ou encontrado, em igualdade de condições com o terceiro, sob pena de perder a preferência. Não exercido o referido direito, o bem poderá ser dado ou vendido a terceiro livremente.

Se o direito de prelação for conjunto, isto é, estipulado a favor de dois ou mais indivíduos em comum, só poderá ser exercido em relação à coisa no seu todo. Desse modo, percebe-se que o direito à preempção é indivisível por força de lei (art. 517 do CC).

O vendedor preterido no seu direito de preferência, sendo a prelação convencional, não poderá anular a venda ou haver a coisa para si por meio de ação adjudicatória, como ocorre na prelação legal, mas tão somente, pleitear perdas e danos, inclusive do adquirente de má-fé, que sabia da referida cláusula, nos moldes dos arts. 402 a 404 do CC. Isso consta taxativamente do art. 518 do CC, *in verbis*:

> "Art. 518. Responderá por perdas e danos o comprador, se alienar a coisa sem ter dado ao vendedor ciência do preço e das vantagens que por ele lhe oferecem. Responderá solidariamente o adquirente, se tiver procedido de má-fé".

Para a pretensão dessas perdas e danos, deve ser aplicado o prazo prescricional de três anos, uma vez que a ação é condenatória, havendo uma relação civil (art. 206, § 3.º, V, do CC). Em regra, o prazo terá início do surgimento da pretensão, ou seja, de quando é realizada a venda em detrimento daquele que tem a seu favor a preferência. Eventualmente, pode-se defender que o prazo será contado de quando o vendedor tem *ciência* que foi preterido no seu direito, o que é até mais justo, representando aplicação da teoria *actio nata*.

Como se pode perceber, os efeitos da prelação legal – existente a favor do condômino na compra e venda de coisa comum indivisível – são completamente diversos dos efeitos decorrentes da prelação convencional, o que pode ser visto no quadro abaixo:

– *Preempção legal* – a favor do condômino (art. 504 do CC) – cabe anulação da compra e venda ou adjudicação (efeitos *erga omnes*). Prazo decadencial de 180 dias.

– *Preempção convencional* (arts. 513 a 520 do CC) – cabem perdas e danos (efeitos *inter partes*). Prazo prescricional de três anos.

Justamente porque os seus efeitos são *inter partes*, gerando o dever de pagar perdas e danos, é que a cláusula de preempção também se diferencia da cláusula de retrovenda. Além disso, as estruturas e as decorrências práticas dos institutos são completamente diversas, particularmente no

tocante às suas caracterizações.

Superada a análise estrutural do instituto, parte-se à análise de polêmico dispositivo que consta do atual CC. O art. 519 do CC volta a tratar do *direito de retrocessão* a favor do expropriado, merecendo também transcrição integral, visando a discussões importantes:

> "Art. 519. Se a coisa expropriada para fins de necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, não tiver o destino para que se desapropriou, ou não for utilizada em obras ou serviços públicos, caberá ao expropriado direito de preferência, pelo preço atual da coisa".

O dispositivo é um "*estranho no ninho*", tendo a natureza de instituto de Direito Administrativo e não de Direito Civil. Pelo comando legal destacado, se a coisa expropriada para fins de necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, não tiver o destino para o qual se desapropriou, ou se não for utilizada em obras ou serviços públicos, caberá ao expropriado exercer o direito de preferência pelo preço atual da coisa, para, então, reincorporá-la ao seu patrimônio. Ocorre o desvio de finalidade, eis que o bem expropriado para determinado fim é empregado em outro, sem utilidade pública ou interesse social, o que se denomina *tredestinação*. Não havendo qualquer destinação da coisa, está presente o instituto da *adestinação*.

A grande divergência que pode surgir do instituto refere-se à sua natureza real ou pessoal. Deve-se compreender que a natureza do direito de retrocessão é real, o que é mais justo, se a Administração Pública não der a devida finalidade ao bem expropriado. Aliás, essa a interpretação correta da redação do art. 519 do CC. Entretanto, o STJ já entendeu que os efeitos são meramente pessoais, cabendo apenas ao expropriado o direito de pleitear perdas e danos nos casos de tredestinação (STJ, AEREsp 73.907/ES, Agravo Regimental nos Embargos de Divergência no Recurso Especial, j. 24.03.2004, 1.ª Seção, Rel. Min. Castro Meira, *DJ* 07.06.2004, p. 153, Veja: STJ, AR 769-CE, REsp 43.651/SP, EDcl no REsp 412.634/RJ). Mas a questão, de fato, não é realmente pacífica, pois, mais recentemente, houve uma outra decisão daquele Tribunal reconhecendo a eficácia real da retrocessão (STJ, REsp 868.120/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1.ª Turma, j. 27.11.2007, *DJ* 21.02.2008, p. 37).

Encerrando, enuncia o art. 520 do CC que "o direito de preferência não se pode ceder nem passa aos herdeiros". Assim, está reconhecida a intransmissibilidade *mortis causa e inter vivos* da cláusula de prelação convencional, na esteira da melhor doutrina, por se tratar de uma cláusula personalíssima.[17]

6.1.6.3 Cláusula de venda sobre documentos

A cláusula de venda sobre documentos é uma cláusula especial da compra e venda originária da

Lex Mercatoria, fonte do Direito Internacional Privado formada pela prática dos comerciantes e os costumes dos empresários no mercado internacional.

A venda sobre documentos é também denominada *crédito documentário* ou *trust receipt*. Por essa cláusula, que tem por objeto bens móveis, a tradição, ou entrega da coisa, é substituída pela entrega do documento correspondente à propriedade, geralmente o título representativo do domínio (art. 529, *caput*, do CC). Sendo prevista a cláusula e estando a documentação em ordem, não pode o comprador recusar o pagamento, a pretexto de defeito de qualidade ou do estado da coisa vendida, salvo se o defeito houver sido comprovado (art. 529, parágrafo único, do CC).

Há, na espécie, uma tradição simbólica (*traditio longa manus*), uma vez que a coisa é colocada à disposição do comprador. Concretizando, uma empresa brasileira compra de uma empresa belga uma máquina industrial. Inserida a cláusula e sendo o contrato celebrado no Brasil, a empresa vendedora vem até o país para a entrega do documento correspondente à propriedade. A partir de então, a empresa brasileira é proprietária, respondendo pelos riscos e despesas referentes à coisa.

Não havendo estipulação em contrário, por regra, o pagamento deve ocorrer na data e no lugar da entrega do documento, no exemplo acima, no Brasil (art. 530 do CC). A norma é aplicação da regra *locus regit actum*.

Em havendo apólice de seguro, visando cobrir os riscos de transporte, o prêmio deverá ser pago pelo comprador, salvo se houver má-fé do vendedor, que tinha ciência da perda ou avaria da coisa (art. 531 do CC). A parte final do dispositivo valoriza o princípio da boa-fé objetiva.

Finalmente, estabelece o art. 532 do CC que, "estipulado o pagamento por intermédio de estabelecimento bancário, caberá a este efetuá-lo contra a entrega dos documentos, sem obrigação de verificar a coisa vendida, pela qual não responde. Parágrafo único. Nesse caso, somente após a recusa do estabelecimento bancário a efetuar o pagamento, poderá o vendedor pretendê-lo, diretamente do comprador".

Pelo teor do comando legal, se a venda for realizada por intermédio de estabelecimento bancário, esse não responde pela integridade da coisa. Cumpre destacar que tal entendimento, de exclusão da responsabilidade bancária, foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça em julgado do ano de 2008, com menção ao novel dispositivo civil (STJ, REsp 885.674/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 07.02.2008, *DJe* 05.03.2008).

Dúvidas surgem no confronto entre o art. 532 do CC e o art. 7.º, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), que traz o princípio da solidariedade na responsabilidade consumerista, pelo qual o estabelecimento bancário responderia em conjunto com o vendedor. Interessante lembrar que a relação estabelecida com o banco pode ser configurada como relação de consumo (Súmula 297 do STJ). Como resolver a questão?

O caso é de antinomia jurídica ou conflito de normas. Aplicando-se o critério da especialidade,

prevalecerá a norma do CC/2002, que é norma especial para os casos de venda sobre documentos. Entretanto, adotando-se o entendimento pelo qual o CDC é *norma principiológica*, com posição fixa na Constituição Federal (arts. 5.º, XXXII, e 170, III), prevaleceria a Lei 8.078/1990, entrando em cena o critério hierárquico. Entendemos que o caminho da solução está na visualização do contrato. Se o bem é adquirido por alguém, na condição de destinatário final, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor, desde que preenchidos todos os elementos constantes dos arts. 2.º e 3.º do CDC para a caracterização do contrato de consumo, ou seja, desde que o comprador seja destinatário final e econômico da coisa comprada e o vendedor, profissional na atividade de venda. Caso contrário, subsume-se o CC em vigor. Mais uma vez, o caso é de incidência da teoria do *diálogo das fontes*.

Vale dizer que no exemplo aqui exposto não se aplica o CDC, pois a máquina adquirida da empresa belga será utilizada pela empresa brasileira diretamente na produção.

6.1.6.4 Cláusula de venda com reserva de domínio

A cláusula de venda com reserva de domínio ou *pactum reservati dominii* ganha tratamento no CC/2002, entre os seus arts. 521 a 528. Havia previsão legal anterior no Decreto 1.027/1939, no CPC (arts. 1.070 e 1.071) e na Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973). Por meio dessa cláusula, inserida na venda de coisa móvel infungível, o vendedor mantém o domínio da coisa (exercício da propriedade) até que o preço seja pago de forma integral pelo comprador.

O comprador recebe a mera posse direta do bem, mas a propriedade do vendedor é resolúvel, eis que o primeiro poderá adquirir a propriedade com o pagamento integral do preço. Todavia, pelos riscos da coisa responde o comprador, a partir de quando essa lhe é entregue (art. 524 do CC). Essa hipótese revela a adoção pelo Código de 2002 do princípio *res perit emptoris* (ou seja, a coisa perece para o comprador) como exceção ao princípio *res perit domino* (a coisa perece para o dono).

Essa propriedade resolúvel do vendedor – nos termos dos arts. 1.359 e 1.360 do CC – é condicional, ou seja, dependente de evento futuro e incerto, em que a condição é o pagamento integral do preço ou da última parcela caso a venda não tenha sido à vista. Enquanto esse pagamento não ocorrer, a aquisição do domínio e a transmissão da propriedade ficarão suspensas.

O requisito objetivo para tal cláusula é que não pode ser objeto da venda com reserva de domínio a coisa insuscetível de caracterização perfeita, para estremá-la de outras congêneres. Na dúvida, decide-se a favor do terceiro adquirente de boa-fé (art. 523 do CC). Em outras palavras e para esta finalidade, a coisa deve ser móvel e infungível, caso dos veículos que têm número de identificação de chassi, diferenciando-se dos demais.

O art. 522 do CC consagra como formalidade para a cláusula de venda com reserva de domínio a sua estipulação por escrito e o registro no Cartório de Títulos e Documentos do domicílio do

comprador, como condição de validade perante terceiros de boa-fé (eficácia *erga omnes*). Não sendo levada a registro, a referida cláusula não produzirá efeitos perante terceiros, mas apenas efeitos *inter partes*. Os efeitos *erga omnes* constavam anteriormente da Lei dos Registros Públicos (art. 129, n. 5.º, da Lei 6.015/1973).

No caso de mora relevante ou inadimplemento absoluto do comprador, o vendedor tem duas opções previstas no art. 526 do CC/2002:

> 1.ª) Promover a competente ação de cobrança das parcelas vencidas e vincendas e o mais que lhe for devido.
>
> 2.ª) Recuperar a posse da coisa vendida, por meio da ação de busca e apreensão (arts. 1.070 e 1.071 do CPC).

De acordo com o art. 525 do CC, o vendedor somente poderá executar a cláusula de reserva de domínio, exercendo tais opções, após constituir o devedor em mora, mediante o protesto do título ou interpelação judicial. Filia-se ao entendimento pelo qual, no caso de cobrança das parcelas *vencidas*, não há necessidade de prévia notificação, eis que não sendo pagas as parcelas, haverá mora *ex re*, ou mora automática do devedor, aplicando-se a máxima latina *dies interpellat pro homine*.[18]

Em havendo relação de consumo, deve ser aplicado o art. 53 do CDC, que determina a nulidade de cláusulas contratuais que estabeleçam a perda total das prestações pagas pelo devedor, em benefício do credor (nulidade da *cláusula de decaimento* ou *de perdimento*). Ademais, diante da função social dos contratos, a *teoria do adimplemento substancial* (*substantial performance*) ou *teoria do quase cumprimento total do contrato* aplica-se à venda com reserva de domínio. Concretizando, se grande parte das parcelas já foi paga, não caberá ação de busca e apreensão, mas apenas a cobrança das parcelas vencidas e vincendas (nesse sentido: STJ, AgRg no Ag 607.406/RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4.ª Turma, j. 09.11.2004, *DJ* 29.11.2004, p. 346).

No caso de busca e apreensão e perdendo o comprador a coisa, terá ele direito de reaver o que pagou, descontados os valores relacionados com a depreciação da coisa e todas as despesas que teve o vendedor. O art. 527 do CC, aliás, enuncia que o vendedor tem direito de retenção das parcelas pagas enquanto não receber o que lhe é direito. O excedente da importância apurada será devolvido ao comprador, e o que faltar lhe será cobrado, na forma da lei processual (arts. 1.070 e 1.071 do CPC).

De qualquer forma, não se pode aceitar que, inserida em contrato de consumo ou de adesão, seja válida uma cláusula que traga onerosidade excessiva no tocante às despesas do contrato. Eventual cláusula nesse sentido deve ser tida como abusiva e nula, nos termos dos arts. 51 do CDC e 424 do CC. É de se lembrar que há uma regra muito parecida prevista no art. 53, § 2.º, do Código de Defesa do Consumidor para os contratos de consórcio, nos seguintes termos: "Nos contratos do sistema de

consórcio de produtos duráveis, a compensação ou a restituição das parcelas quitadas, na forma deste artigo, terá descontada, além da vantagem econômica auferida com a fruição, os prejuízos que o desistente ou inadimplente causar ao grupo".

Por derradeiro, é preciso ter em mente que a cláusula de venda com reserva de domínio não se confunde com a alienação fiduciária em garantia ou com o *leasing* ou arrendamento mercantil. As diferenças constam do quadro a seguir:

CLÁUSULA DE VENDA COM RESERVA DE DOMÍNIO	ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA	*LEASING* OU ARRENDAMENTO MERCANTIL
Natureza jurídica: cláusula especial da compra e venda (arts. 521 a 528 do CC).	Natureza jurídica: constitui direito real de garantia sobre coisa própria (arts. 1.361 a 1.368 do CC, Decreto-lei 911/1969 e Lei 9.514/1997).	Natureza jurídica: contrato típico ou atípico, debate que divide doutrina e jurisprudência (Lei 6.099/1974 e resoluções do Banco Central do Brasil).
O vendedor mantém o domínio (propriedade resolúvel), enquanto o comprador tem a posse direta da coisa alienada. Pagas as parcelas de forma integral, o comprador adquire a propriedade plena da coisa.	O devedor fiduciante compra o bem de um terceiro, mas como não pode pagar o preço, aliena-o, transferindo a propriedade ao credor fiduciário. O proprietário do bem é o credor fiduciário, mas a propriedade é resolúvel, a ser extinta se o preço for pago de forma integral pelo devedor fiduciante.	Constitui uma locação com opção de compra, com o pagamento do VRG (Valor Residual Garantido). A jurisprudência vem entendendo que o VRG pode ser diluído nas parcelas ou pago no final do contrato de arrendamento (Súmula 293 do STJ).
A ação cabível para reaver a coisa é a ação de busca e apreensão, prevista no CPC. Não cabe prisão civil.	A ação cabível para reaver a coisa móvel é a ação de busca e apreensão prevista no Decreto-lei 911/1969. não cabe prisão, segundo decisões do STJ e do STF, mais recentemente (Súmula Vinculante 25).	A ação cabível para reaver a coisa é a ação de busca e apreensão, conforme o art. 3º, § 15, do Decreto-lei 911/1969, incluído pela Lei 13.043/2014.

6.2 DA TROCA OU PERMUTA (ART. 533 DO CC)

6.2.1 Conceito e natureza jurídica

O contrato de troca, permuta ou escambo é aquele pelo qual as partes se obrigam a dar uma coisa por outra que não seja dinheiro. Operam-se, ao mesmo tempo, duas vendas, servindo as coisas trocadas para uma compensação recíproca. Isso justifica a aplicação residual das regras previstas para a compra e venda (art. 533, *caput*, do CC). As partes do contrato são denominadas permutantes ou tradentes (*tradens*).

A troca é um contrato bilateral ou sinalagmático, pois traz direitos e deveres proporcionais. Constitui contrato oneroso, pela presença de sacrifício de vontade para as partes. É um contrato comutativo, em regra, e translativo da propriedade, eis que serve como *titulus adquirendi*. Trata-se de um contrato consensual, que tem aperfeiçoamento com a manifestação de vontade das partes,

assim como ocorre com a compra e venda (art. 482 do CC).

Quanto à presença ou não de formalidade, diante da aplicação residual, devem subsumir as mesmas regras vistas para a compra e venda, outrora estudadas, podendo o contrato ser formal ou informal, solene ou não solene.

6.2.2 Objeto do contrato e relação com a compra e venda

O objeto da permuta hão de ser dois bens. Eventualmente, se um dos contraentes der dinheiro ou prestar serviços, não haverá troca, mas compra e venda.[19] Podem ser trocados todos os bens que puderem ser vendidos, ou seja, os bens alienáveis (*consuntibilidade jurídica*, conforme a segunda parte do art. 86 do CC), mesmo sendo de espécies diversas e valores diferentes. A permuta gera para cada contratante a obrigação de transferir para o outro o domínio da coisa objeto de sua prestação.

Na troca, as partes devem se preocupar com a manutenção do *sinalagma*, não sendo admitida qualquer situação de onerosidade excessiva, o que justifica a revisão ou resolução do negócio, de acordo com o caso concreto. Como o contrato é oneroso e comutativo, em geral, podem ser aplicadas as regras previstas para os vícios redibitórios e evicção, outrora estudados. As restrições à liberdade de contratar e contratual, aplicadas à compra e venda, por razões óbvias, também devem ser subsumidas à permuta. Ato contínuo de análise, merecem aplicação as regras relacionadas com os riscos sobre a coisa e, sendo possível, as regras e cláusulas especiais da compra e venda estudadas no último capítulo.

Especificamente em relação às despesas com a tradição da coisa, o art. 533, I, do CC consagra a sua divisão em igualdade, metade a metade, salvo disposição em contrário no instrumento. Prevendo o instrumento uma divisão diferente, o que é autorizado expressamente pela lei, não pode estar presente uma situação de injustiça contratual, de desproporção no negócio jurídico.

Como se percebe, há uma grande similaridade entre a troca e a compra e venda, o que justifica a antes mencionada aplicação residual. Tanto isso é verdade que, na *V Jornada de Direito Civil*, foi aprovado enunciado admitindo a promessa de permuta, nos seguintes termos: "O contrato de promessa de permuta de bens imóveis é título passível de registro na matrícula imobiliária" (Enunciado n. 435). Entretanto, os institutos se diferem nos seguintes pontos, conforme leciona Maria Helena Diniz:[20]

- Na troca, ambas as prestações são em espécie (coisas são trocadas), enquanto na compra e venda a prestação do comprador é em dinheiro ou em dinheiro e outra coisa (a entrega do dinheiro seria um complemento ao pagamento feito mediante a entrega de uma coisa em valor menor ao da prestação estipulada).
- Na compra e venda, o vendedor, uma vez entregue a coisa vendida, não poderá pedir-lhe a devolução no caso de não ter recebido o preço, enquanto na troca o tradente terá o direito de repetir o que deu se a outra parte não lhe entregar o

objeto permutado.

6.2.3 Troca entre ascendentes e descendentes

Enuncia o art. 533, II, do CC que é anulável a troca de valores desiguais entre ascendentes e descendentes se não houver consentimento dos demais descendentes e do cônjuge do alienante. Trata-se de norma específica aplicável à troca, pois se presume a onerosidade excessiva, em prejuízo aos demais herdeiros do tradente que deu a maior parte.

Desse modo, o dispositivo pretende proteger os direitos dos herdeiros necessários, sendo certo que, tratando-se de coisas de valores iguais, não haverá necessidade de consentimento dos outros descendentes e do cônjuge do tradente ou permutante. O raciocínio é o mesmo se a coisa mais valiosa pertencer ao descendente.

Como se trata de norma específica a regulamentar a matéria, não se justifica a aplicação do art. 496, parágrafo único, do CC, que dispensa a autorização do cônjuge se o regime de bens for o da separação obrigatória. Para a troca, haverá a necessidade de autorização do cônjuge qualquer que seja o regime em relação ao permutante. Ainda por se tratar de norma especial e restritiva, a norma não se aplica à união estável. Em outras palavras, se o permutante ou tradente viver em união estável, não haverá necessidade de autorização do companheiro.

Quanto ao prazo para anular a troca em casos tais, deve ser aplicado o art. 179 do CC que traz prazo decadencial de dois anos, contados da celebração do negócio jurídico (nesse sentido: TJPR, Recurso 216012-1, Acórdão 1.409, Marilândia do Sul, 19.ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Antônio Barry, j. 14.07.2005).

6.3 DO CONTRATO ESTIMATÓRIO OU VENDA EM CONSIGNAÇÃO (ARTS. 534 A 537 DO CC)

6.3.1 Conceito e natureza jurídica

O CC/2002 passou a tratar da figura do contrato estimatório, como novidade festejada, diante da grande aplicação prática do instituto. O contrato estimatório ou *venda em consignação* pode ser conceituado como sendo o contrato em que alguém, o consignante, transfere ao consignatário bens móveis, para que o último os venda, pagando um *preço de estima*; ou devolva os bens findo o contrato, dentro do prazo ajustado (art. 534 do CC).

Apesar da utilização da expressão *venda em consignação*, não se trata de uma regra ou cláusula

especial da compra e venda, mas de um novo contrato tipificado pela codificação privada. Desse modo, com a compra e venda não se confunde, apesar de algumas similaridades.

Segundo o entendimento majoritário, trata-se de um contrato bilateral ou sinalagmático, pois, segundo a maioria da doutrina, ambas as partes assumem deveres, tendo também direitos, presente o *sinalagma obrigacional*.[21] É contrato oneroso, diante do pagamento do *preço de estima* e por envolver uma disposição patrimonial (prestação + contraprestação). O contrato é real, tendo aperfeiçoamento com a entrega da coisa consignada. Também é comutativo pelo fato de as partes já saberem quais são as suas prestações.

Como exposto, o entendimento majoritário da doutrina aponta que o contrato é bilateral. Entretanto, há quem entenda que o contrato é unilateral, caso de José Fernando Simão.[22] Realmente, parece ter razão o doutrinador, o que é aplicação da *Escada Ponteana*. Ora, a partir da entrega da coisa, eis que o contrato é real, haverá aperfeiçoamento da avença. Sendo o contrato válido, a partir dessa entrega, não substituirá qualquer obrigação para o consignante. Apenas o consignatário é quem terá o dever principal de pagar o preço de estima ou de devolver as coisas consignadas.

Não há solenidade prevista em lei para o contrato estimatório, sendo o contrato informal e não solene, não havendo sequer a necessidade de ser adotada a forma escrita. O contrato pode ser instantâneo, mas também pode assumir a forma continuada. Como exemplo, cite-se o caso do fornecimento de bebidas por uma distribuidora a um bar. O fornecimento pode ocorrer de uma só vez ou mês a mês. No final de cada período, o consignatário pode optar entre pagar o preço de estima ou devolver as bebidas consignadas. Do exemplo percebe-se que o consignatário (bar) pode retirar lucro do contrato vendendo as bebidas por preço superior ao estimado. Aliás, é justamente esse o intuito econômico do negócio em questão.

6.3.2 Efeitos e regras do contrato estimatório

Como destacado no Capítulo 3 desta obra, o grande debate que surge quanto ao contrato estimatório refere-se à natureza jurídica da obrigação assumida pelo consignatário. Alguns doutrinadores entendem que a obrigação assumida por ele é *alternativa*; outros sustentam que se trata de uma *obrigação facultativa*. Vejamos:

- Entendendo pela existência de uma obrigação facultativa: Maria Helena Diniz,[23] José Fernando Simão[24] e Sílvio de Salvo Venosa.[25]
- Pela presença de uma obrigação alternativa: Caio Mário da Silva Pereira, Waldírio Bulgarelli, Paulo Luiz Netto Lôbo.[26]

Filia-se à segunda corrente. Ora, estatui o Enunciado n. 32 do CJF/STJ, aprovado na *I Jornada*

de Direito Civil, que "no contrato estimatório (art. 534), o consignante transfere ao consignatário, temporariamente, o poder de alienação da coisa consignada com opção de pagamento do preço de estima ou sua restituição ao final do prazo ajustado". Pelo que consta do enunciado transcrito e dos arts. 536 e 537 do CC, conclui-se que o consignante mantém a condição de proprietário da coisa. Interessante transcrever e comentar os dois dispositivos.

De acordo com o art. 536 do CC, "A coisa consignada não pode ser objeto de penhora ou sequestro pelos credores do consignatário, enquanto não pago integralmente o preço". Isso porque o proprietário da coisa é o consignante, tendo o consignatário apenas a sua posse direta. Entretanto, a propriedade do consignante é resolúvel, sendo extinta se a outra parte pagar o preço de estima. Eventualmente, se a coisa consignada foi apreendida ou sequestrada, poderá o consignante opor embargos de terceiro em eventual ação de execução promovida contra o consignatário.

Por outro lado, o art. 537 do CC enuncia que o consignante não pode dispor da coisa antes de lhe ser restituída ou de lhe ser comunicada a restituição. O dispositivo limita o direito de propriedade do consignante, sendo o bem inalienável em relação a ele, na vigência do contrato estimatório. A propriedade, portanto, além de ser resolúvel, é limitada.

Diante desses dois dispositivos, percebe-se que a obrigação do consignatário só pode ser alternativa, justamente diante dessa transmissão temporária do domínio. Tanto isso é verdade que, findo o prazo do contrato, o consignante terá duas opções: *a)* cobrar o preço de estima *ou b)* ingressar com ação de reintegração de posse para reaver os bens cedidos. A possibilidade de propositura da ação possessória decorre da própria natureza da obrigação assumida e também do fato de o consignante, que ainda não pagou o preço, ser o proprietário do bem.

Ora, se a conclusão for a de que a obrigação do consignatário é facultativa, havendo apenas o dever de pagar o preço de estima e uma faculdade quanto à devolução da coisa, o consignante não poderá fazer uso da ação de reintegração de posse. Porém, muito ao contrário, a possibilidade de reintegração de posse nos casos que envolvem o contrato estimatório vem sendo reconhecida pela jurisprudência (nesse sentido, ver: 1.º TACSP, Processo 1226974-0, Recurso: Apelação, Origem: São José dos Campos, Décima Câmara de Férias de Janeiro de 2004, j. 10.02.2004, Rel. Enio Zuliani, revisor Simões de Vergueiro, Decisão: deram provimento, v.u.). Insta notar que o julgado até dispensa o ingresso de ação visando à resolução do negócio, utilizando-se para tanto da função social do contrato, prevista no art. 421 do CC/2002. Assim, a ação de reintegração de posse pode ser proposta imediatamente. Em reforço, repise-se que no mesmo sentido entendeu o Superior Tribunal de Justiça, concluindo pela existência de uma obrigação alternativa (STJ, REsp 710.658/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 06.09.2005, *DJ* 26.09.2005, p. 373).

Para fomentar o debate, pode-se concluir que a obrigação assumida pelo consignatário é alternativa, traçando um paralelo entre os arts. 253 e 535 do CC. De acordo com o art. 253 do CC, na obrigação alternativa, se uma das duas prestações não puder ser objeto de obrigação ou se uma delas

se tornar inexequível, subsistirá o débito quanto à outra. Esse dispositivo consagra a redução do objeto obrigacional, ou seja, a conversão da *obrigação composta objetiva alternativa* em *obrigação simples* (aquela com apenas uma prestação).

Nesse diapasão, se uma das prestações não puder ser cumprida, a obrigação se concentra na restante. Quanto ao contrato estimatório, há regra semelhante no art. 535 do CC, segundo a qual "o consignatário não se exonera da obrigação de pagar o preço, se a restituição da coisa, em sua integridade, se tornar impossível, ainda que por fato a ele não imputável". Também diante dessa equivalência entre os comandos legais, conclui-se que a obrigação assumida pelo consignatário é *alternativa* e não *facultativa*.

6.4 DA DOAÇÃO (ARTS. 538 A 564 DO CC)

6.4.1 Conceito e natureza jurídica

Pela doação, o doador transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o donatário, sem a presença de qualquer remuneração. Trata-se de ato de mera liberalidade, sendo um contrato benévolo, unilateral e gratuito. Sendo negócio jurídico benévolo ou benéfico, somente se admite a interpretação restritiva, nunca a interpretação declarativa ou extensiva (art. 114 do CC).

Em relação à doação modal ou com encargo, há polêmica. Isso porque há quem entenda que o contrato é bilateral, eis que o encargo é um dever a ser cumprido pelo donatário.[27] Todavia, entende-se que o contrato é *unilateral imperfeito*. Isso porque o encargo não constitui uma contraprestação, um dever jurídico a fazer com que o contrato seja sinalagmático. Constitui sim um ônus, que, não atendido, traz consequências ao donatário. De qualquer forma, o contrato é oneroso, mesmo sendo unilateral imperfeito. É importante ressaltar que, na doutrina contemporânea, também Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho entendem que o encargo "não tem o peso da contraprestação, a ponto de desvirtuar a natureza do contrato".[28]

Superado esse ponto, anote-se que, ao contrário do que constava no art. 1.165 do CC/1916, seu correspondente na codificação anterior, o art. 538 do CC/2002, deixou de mencionar a locução "que os aceita", trazendo dúvidas se a aceitação do donatário é ou não requisito essencial do contrato. A doutrina atual encontra-se dividida diante da questão:

- Maria Helena Diniz entende que a aceitação do donatário continua sendo elemento essencial do contrato, pois "a doação não se aperfeiçoará enquanto o beneficiário não manifestar sua intenção de aceitar a doação".[29]
- Para Paulo Luiz Netto Lôbo, a aceitação do donatário não é mais elemento essencial do contrato, sendo "elemento complementar para tutela dos interesses do donatário porque ninguém é obrigado a receber ou aceitar doação de coisas ou vantagens, inclusive por razões subjetivas".[30]

Na opinião deste autor, para que o contrato seja válido basta a intenção de doar, ou seja, o ânimo do doador em fazer a liberalidade (*animus donandi*). Dessa forma, a aceitação do donatário está no plano da eficácia desse negócio jurídico e não no plano da sua validade. Por isso, tem razão Paulo Lôbo, o que pode ser confirmado pela redação do art. 539 do CC:

> "Art. 539. O doador pode fixar prazo ao donatário, para declarar se aceita ou não a liberalidade. Desde que o donatário, ciente do prazo, não faça, dentro dele, a declaração, entender-se-á que aceitou, se a doação não for sujeita a encargo".

Como o dispositivo menciona que o doador "pode" fixar prazo para que o donatário declare se aceita ou não a liberalidade, percebe-se que a aceitação não é essencial ao ato. Aliás, eventual silêncio do doador traz a presunção relativa (*iuris tantum*) de aceitação.

De qualquer forma, a doutrina tradicional sempre apontou que a aceitação não pode ser presumida sem que haja a ciência do donatário. Tem razão essa corrente, pois, afinal de contas, ninguém está obrigado a aceitar determinado bem se não o quiser. Conclui-se, portanto, que a aceitação pode ser expressa ou presumida. Mesmo não sendo elemento essencial, não se presume de forma absoluta essa aceitação se o donatário não foi cientificado.

Dispensa-se a aceitação expressa quando se tratar de doação pura feita em favor de absolutamente incapaz, hipótese prevista no art. 543 do CC. Essa dispensa protege o interesse do incapaz, pois a doação pura só pode beneficiá-lo.

A aceitação tácita pode resultar do silêncio do interessado, mas também pode ser revelada pelo comportamento do donatário que se mostrar incompatível com a intenção de recusa. Como exemplo, pode ser citada a conduta do donatário que não aceita expressamente o imóvel, mas recolhe o *Imposto de Transmissão Inter Vivos*, nos termos da Súmula 328 do STF, que prevê ser legítima a incidência de tal tributo na doação de imóvel. Em casos tais, há que se falar em aceitação do imóvel.

A aceitação ainda poderá ser tácita na hipótese em que a doação for feita em contemplação de casamento futuro com certa e determinada pessoa, quer pelos nubentes entre si, quer por terceiro a um deles, a ambos, ou aos filhos que, de futuro, houverem um do outro, não podendo ser impugnada por falta de aceitação, e só ficando sem efeito se o casamento não se realizar (art. 546 do CC). Nessa situação, a celebração do casamento gerará a presunção de aceitação, não podendo ser arguida a sua falta.

Por outro lado, destaque-se que, em havendo doação com encargo, é imprescindível que o donatário a aceite de forma expressa e consciente (art. 539, parte final, do CC). E isso é assim porque há um ônus a ser executado pelo donatário, sob pena de revogação do contrato.

Pois bem, além de ser um contrato unilateral e gratuito, a doação tem as seguintes características:

→ O contrato é consensual, pois tem aperfeiçoamento com a manifestação de vontade das partes.[31] Em suma, não se trata de contrato real, que é aquele que tem aperfeiçoamento com a entrega da coisa.

→ A doação é contrato comutativo, pois as partes sabem de imediato quais são as prestações.

→ No tocante às formalidades em sentido genérico, o contrato pode ser assim classificado:

a) A doação será *formal e solene* no caso de doação de imóvel com valor superior a 30 salários-mínimos.

b) A doação será *formal e não solene* nos casos envolvendo imóvel com valor inferior ou igual a 30 salários ou bens móvei (arts. 108 e 541 do CC). Nos dois casos não é necessária escritura pública (contrato não solene), mas sim escrito particular, o que faz com que o contrato seja formal. Entretanto, há uma exceção para a segunda regra, pois o art. 541, parágrafo único, do CC/2002 preceitua que a doação de bens de pequeno valor dispensa a forma escrita, podendo ser celebrada verbalmente, desde que seguida pela tradição (entrega da coisa). Essa doação é denominada *doação manual*. Para a doutrina e a jurisprudência, a caracterização de *bem de pequeno valor* deve levar em conta o patrimônio do doador, cabendo a análise de acordo com o caso concreto (STJ, REsp 155.240/RJ, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, 3.ª Turma, j. 07.11.2000, *DJ* 05.02.2001, p. 98).

Superado o estudo da natureza jurídica da doação, segue-se a abordagem dos seus efeitos, tendo como pano de fundo as suas diversas modalidades.

6.4.2 Efeitos e regras da doação sob o enfoque das suas modalidades ou espéci

6.4.2.1 *Doação remuneratória*

A doação remuneratória é aquela feita em caráter de retribuição por um serviço prestado pelo donatário, mas cuja prestação não pode ser exigida pelo último. Isso porque, caso fosse exigível, a retribuição deveria ser realizada por meio do *pagamento*, uma das formas de extinção das obrigações.

Em regra, não constitui ato de liberalidade, havendo remuneração por uma prestação de serviços executada pelo donatário. A título de exemplo, imagine-se o caso de uma doação de um automóvel feita ao médico que salvou a vida do doador. Somente haverá liberalidade na parte que exceder o valor do serviço prestado, conforme dispõe o art. 540 do CC, cabendo análise caso a caso. Para o Direito Civil, a análise ou configuração da doação remuneratória é pertinente por três razões.

1.º) Cabe a alegação de vício redibitório quanto ao bem doado, eis que se trata de uma forma de doação onerosa (art. 441, parágrafo único, do CC).

2.º) Não se revogam por ingratidão as doações puramente remuneratórias (art. 564, I, do CC).

3.º) As doações remuneratórias de serviços feitos ao ascendente não estão sujeitas a colação (art. 2.011 do CC).

6.4.2.2 *Doação contemplativa ou meritória*

Nos termos do mesmo art. 540 do CC, a doação contemplativa é aquela feita em contemplação a um merecimento do donatário. Exemplo típico pode ocorrer no caso de alguém que doa vários livros a um professor famoso, pois aprecia o seu trabalho, constando esse motivo no instrumento contratual.

O doador determina, expressamente, quais são os motivos que o fizeram decidir pela celebração do contrato de doação. Geralmente o doador leva em consideração uma qualidade pessoal do donatário, não perdendo o caráter de liberalidade – ou seja, o caráter de doação pura e simples –, caso se descubra que o donatário não a mereça. Não há qualquer consequência prática dessa denominação.

6.4.2.3 *Doação a nascituro*

Enuncia o art. 542 do CC que "a doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal". O nascituro, aquele que foi concebido, mas ainda não nasceu (*infans conceptus*), poderá receber a doação, mas a sua aceitação deverá ser manifestada pelos pais ou por aquele incumbido de cuidar dos seus interesses, nesse último caso, com autorização judicial. A aceitação por parte do representante legal do nascituro está no plano da validade do contrato. Além disso, a eficácia do contrato depende do nascimento com vida do donatário, havendo uma doação condicional, segundo a posição que prevalece na civilística nacional.

Em outras palavras, se o donatário não nascer com vida, caduca a liberalidade, pois se trata de direito eventual, sob condição suspensiva. No entanto, se tiver um instante de vida, receberá o benefício, transmitindo-o a seus sucessores.[32]

O art. 542 do Código Civil em vigor reforça a tese pela qual o nascituro não tem *personalidade jurídica material*, ou seja, aquela relacionada com direitos patrimoniais e que só é adquirida pelo nascimento com vida. Nesse plano, portanto, há mera expectativa de direitos, segundo o entendimento majoritário. Todavia, o presente autor está refletindo sobre tal posição, uma vez que restringe direitos do nascituro, que deve ser tratado como pessoa humana integralmente, para todos os fins.

Destaque-se a existência de julgado do TJRJ, admitindo doação a prole eventual ou concepturo, que sequer foi concebida. Na época do CC/1916, aplicou-se, por analogia, o dispositivo referente à doação em contemplação a casamento:

> "Prole Eventual. Art. 1.173. Código Civil de 1916. Interpretação analógica. Doação prole eventual. Feita pelos avós aos netos já existentes e outros que viessem a nascer. Aplicação analógica das disposições pertinentes à doação 'propter nuptias'. Embora não a tenha previsto expressamente, o nosso Código Civil não é avesso à doação em favor de prole eventual, tanto assim que a admite na doação 'propter nuptias', consoante artigo 1.173, norma essa que pode ser aplicada analogicamente ao caso vertente. A inteligência das Leis é obra de raciocínio, mas também de bom senso, não podendo o

seu aplicador se esquecer que o rigorismo cego pode levar a 'summa injuria'. Tal como na interpretação de cláusula testamentária, deve também o juiz, na doação, ter por escopo a inteligência que melhor assegure a vontade do doador. Provimento do recurso" (TJRJ, Acórdão 5629/1994, Santa Maria Madalena, 2.ª Câmara Cível, Rel. Des. Sergio Cavalieri Filho, j. 08.11.1994).

Todavia, na vigência do CC/2002, merece aplicação o art. 1.800, § 4.º, do CC, pelo qual se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão do doador, não for concebido o donatário, o bem doado será transmitido para os herdeiros legítimos. Esse entendimento também deve ser aplicado à doação em favor do embrião, que funciona sob condição resolutiva, segundo o entendimento majoritário. O dispositivo existente para o testamento serve para a doação, pela similaridade entre os institutos.

6.4.2.4 *Doação sob forma de subvenção periódica*

Trata-se de uma doação de trato sucessivo, em que o doador estipula rendas a favor do donatário (art. 545 do CC). Por regra, terá como causa extintiva a morte do doador ou do donatário, mas poderá ultrapassar a vida do doador, havendo previsão contratual nesse sentido. Porém, em hipótese alguma, poderá ultrapassar a vida do donatário, sendo eventual cláusula nesse sentido revestida por nulidade virtual (art. 166, VII, do CC). O dispositivo em comento reforça o caráter personalíssimo parcial da doação de rendas. Em realidade, essa doação constitui um favor pessoal, como uma pensão ao donatário, não se transferindo a obrigação aos herdeiros do doador.

Em uma análise sistemática da codificação, surge aqui uma dúvida: quais as diferenças entre a doação sob forma de subvenção periódica ou doação de rendas e o contrato de constituição de renda (arts. 803 a 813 do CC)?

Como é notório, o contrato de constituição de renda é uma figura típica, de acordo com o CC/2002, que substituiu o antigo instituto das *rendas constituídas sobre bem imóvel*, tratado no CC/1916 como um direito real de gozo ou fruição (arts. 749 a 754). As diferenças entre os dois institutos constam da tabela a seguir:

Doação sob forma de subvenção periódica	**Contrato de constituição de renda**
Constitui espécie.	Constitui gênero.
É sempre negócio jurídico gratuito.	Pode assumir forma gratuita ou onerosa (art. 804 do CC).
Nunca estará relacionada com imóvel. A renda tem origem no patrimônio do doador de forma direta.	A renda pode estar relacionada com imóvel, de onde é retirada.

Na dúvida, nada obsta que as normas previstas para o contrato de constituição de renda sejam

aplicadas à doação de rendas, sendo o último contrato espécie do primeiro.

6.4.2.5 Doação em contemplação de casamento futuro

De acordo com o art. 546 do CC, a doação *propter nuptias* é aquela realizada em contemplação de casamento futuro com pessoa certa e determinada. Trata-se de uma doação condicional, havendo uma condição suspensiva, pois o contrato não gera efeitos enquanto o casamento não se realizar. O contrato em questão é considerado por Carlos Roberto Gonçalves como um presente de casamento, mas não se confunde com os presentes enviados pelos parentes e amigos, como é costume fazer.[33]

Nos termos literais do art. 546 do CC, tal doação pode ser efetivada:

- Entre os próprios nubentes entre si.
- Por um terceiro a um deles ou a ambos.
- Aos filhos que nascerem do casamento, o que pode abranger a prole eventual ou concepturo, como visto.

Em todos os casos a doação não pode ser impugnada por falta de aceitação, ficando sem efeito se o casamento não se realizar (doação condicional). Como se trata de norma especial, deve-se entender que o art. 546 do CC não se aplica à união estável, até porque, ao contrário do casamento, há uma dificuldade em apontar, no plano fático, a existência de uma união livre, eis que os seus requisitos são abertos e demandam a análise caso a caso (art. 1.723 do CC).

Entretanto, é possível prever uma doação condicional e atípica, que somente terá aperfeiçoamento se alguém passar a viver com outrem de forma duradoura, conforme ordena o art. 1.723 do CC. Não há qualquer ilicitude no conteúdo desse contrato, sendo o mesmo perfeitamente válido.

6.4.2.6 Doação de ascendentes a descendentes e doação entre cônjuges

Segundo o art. 544 do CC, as doações de ascendentes a descendentes, ou de um cônjuge a outro, importam em adiantamento do que lhes cabe por herança. Houve relevantes alterações do dispositivo, pois o art. 1.171 do CC/1916 previa que "a doação de pais aos filhos importa em adiantamento da legítima". Além da inclusão dos demais ascendentes e descendentes, foi também acrescentando o cônjuge, que é herdeiro necessário pelo CC/2002 (art. 1.845), podendo concorrer com os descendentes na herança (art. 1.829, I, do CC/2002). Além disso, o dispositivo não utiliza mais o termo "legítima", mas "herança". Apesar da última alteração, o objetivo é a proteção dessa legítima, que é a quota que cabe aos herdeiros necessários.

Relativamente à doação de ascendente a descendente, os bens deverão ser colacionados no processo de inventário por aquele que os recebeu, sob *pena de sonegados*, ou seja, sob pena de o herdeiro perder o direito que tem sobre a coisa (arts. 1.992 a 1.996 do CC/2002). Todavia, é possível que o doador dispense essa colação (art. 2.006 do CC).

Entende-se que poderá haver doação de um cônjuge a outro, sendo o regime de separação convencional de bens, de comunhão parcial (havendo patrimônio particular), ou de participação final nos aquestos (quanto aos bens particulares). Vale dizer que o STJ já concluiu ser nula a doação entre cônjuges no regime da comunhão universal, por impossibilidade do objeto (STJ, AR 310/PI, Rel. Min. Dias Trindade, Segunda Seção, j. 26.05.1993, *DJ* 18.10.1993, p. 21.828). De qualquer forma, na opinião deste autor a doação é possível no tocante aos bens excluídos da comunhão universal (art. 1.668 do CC), caso de um bem de uso pessoal.

Essa doação não pode implicar em fraude à execução – será ineficaz; fraude contra credores – será anulável; simulação – será nula; ou fraude à lei – será nula. A respeito da fraude, surge dúvida quanto à possibilidade de doação entre cônjuges se o regime entre eles for o da separação obrigatória, nos moldes do art. 1.641 do CC.

Citando a jurisprudência do STJ, ensina o seu atual Ministro Paulo de Tarso Sanseverino que "na separação obrigatória de bens, instituída em determinadas situações pelo legislador (art. 1.641 do CC/2002) para proteção de determinadas pessoas (*v.g.*, maiores de sessenta anos), se a doação representar burla do regime de bens do casamento, será inválida".[34]

A questão, contudo, não é pacífica. Como se sabe, o regime da separação total de origem legal ou obrigatória estará presente em três casos, nos termos do art. 1.641 do CC (havendo causa suspensiva do casamento, casamento do maior de setenta anos e havendo pessoas que necessitam de suprimento judicial para casar). Prevê o Enunciado n. 262 do CJF/STJ que é possível a alteração do regime de bens, nos termos do art. 1.639, § 2.º, do CC, podendo ser estendida aos casos dos incisos I e III do art. 1.641 se cessarem as causas de imposição do regime. Já o Enunciado n. 125 do CJF/STJ considera inconstitucional a norma do inciso II do art. 1.641, por ser discriminatória, violando a dignidade humana e a autonomia privada do idoso, que pode se casar com quem bem entenda e por qualquer regime. Concorda-se doutrinariamente com os dois enunciados.

Assim sendo, para o presente autor é realmente possível a doação de bens entre cônjuges nesse regime, desde que preenchidos os requisitos constantes do Enunciado n. 262 do CJF/STJ. Se possível é a alteração do regime, válida é a doação entre os cônjuges em casos tais, por razões óbvias. Em reforço, como outrora destacado quando do estudo da compra e venda, não se pode presumir a fraude à lei nos casos em questão. Nessa linha, concluindo pela possibilidade de doação entre cônjuges no regime da separação obrigatória de bens, colaciona-se julgado do Tribunal Paulista:

> “Anulação de doação. Ex-cônjuges. Alegação de que o regime de separação obrigatória de bens impedia o ato. Doação de imóvel que não se estende ao alegado impedimento. Ato de mera liberalidade. Valor que não dilapidou o patrimônio do doador. Inexistência de coação. Sentença de improcedência mantida. Provimento negado. Litigância de má-fé. Não configuração. Inexistência de intuito protelatório. Provimento negado” (TJSP, Apelação com Revisão 546.548.4/7, Acórdão 2548431, São Paulo, 8.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Caetano Lagrasta, j. 02.04.2008, *DJESP* 16.04.2008).

Na mesma trilha, colaciona-se acórdão do Superior Tribunal de Justiça do ano de 2011, segundo o qual, com precisão, “são válidas as doações promovidas, na constância do casamento, por cônjuges que contraíram matrimônio pelo regime da separação legal de bens, por três motivos: (I) o CC/16 não as veda, fazendo-o apenas com relação às doações antenupciais; (II) o fundamento que justifica a restrição aos atos praticados por homens maiores de sessenta anos ou mulheres maiores que cinquenta, presente à época em que promulgado o CC/16, não mais se justificam nos dias de hoje, de modo que a manutenção de tais restrições representam ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana; (III) nenhuma restrição seria imposta pela Lei às referidas doações caso o doador não tivesse se casado com a donatária, de modo que o Código Civil, sob o pretexto de proteger o patrimônio dos cônjuges, acaba fomentando a união estável em detrimento do casamento, em ofensa ao art. 226, § 3.º, da Constituição Federal” (STJ, AgRg-REsp 194.325/MG, 3.ª Turma, Rel. Des. Conv. Vasco Della Giustina, j. 08.02.2011, *DJE* 01.04.2011).

Por fim, deve-se entender que o art. 544 do CC não se aplica à doação ao convivente, em primeiro lugar porque o companheiro não é herdeiro necessário; e em segundo, porque a norma é especial e restritiva, não admitindo aplicação da analogia ou interpretação extensiva. O último aresto, como se nota, segue tais premissas.

6.4.2.7 *Doação com cláusula de reversão*

A doação com cláusula de reversão (ou *cláusula de retorno*) é aquela em que o doador estipula que os bens doados voltem ao seu patrimônio se sobreviver ao donatário (art. 547 do CC). Trata-se esta cláusula de uma condição resolutiva expressa, demonstrando o intento do doador de beneficiar somente o donatário e não os seus sucessores, sendo, portanto, uma cláusula *intuitu personae* que veda a doação sucessiva.

Porém, o pacto de reversão só tem eficácia se o doador sobreviver ao donatário. Se falecer antes deste, a condição não ocorre e os bens doados incorporam-se ao patrimônio do donatário definitivamente, podendo transmitir-se, aos seus próprios herdeiros, com sua morte.

Essa cláusula é personalíssima, a favor do doador, não podendo ser estipulada a favor de terceiro, pois isso caracterizaria uma espécie de fideicomisso por ato *inter vivos*, o que é vedado pela legislação civil, a saber, pelo art. 426 do CC, o qual proíbe os pactos sucessórios ou *pacta corvina*.

Marco Aurélio Bezerra de Melo ensina que essa cláusula não institui a inalienabilidade do bem, que pode ser transferido a terceiro.[35] Tem razão o desembargador do TJRJ, pois, como se sabe, a inalienabilidade de um bem não pode ser presumida, diante da notória proteção da autonomia privada como valor constitucional relacionado com os princípios da liberdade e da dignidade humana (art. 1.º, III, da CF/1988).

No entanto, segundo uma visão tradicional, alienando o bem e falecendo o donatário, essa alienação é tornada sem efeito, havendo condição resolutiva, nos termos do art. 1.359 do CC/2002.[36] Isso porque a propriedade daquele que adquiriu o bem com a referida cláusula é resolúvel. Nesse contexto, eventual adquirente do bem sofrerá os efeitos da evicção outrora estudados.

Entretanto, acredita-se que esse posicionamento será alterado substancialmente no futuro. Isso porque há uma grande preocupação legal, doutrinária e jurisprudencial de proteção dos direitos de terceiros de boa-fé. Por esse caminho, a cláusula de reversão não poderia ter efeitos em face de terceiros que não têm conhecimento da cláusula de retorno e realizam negócios movidos pela probidade, pela boa-fé objetiva. Como exemplo dessa tendência, pode ser citado o art. 167, § 2.º, do atual CC, que consagra a *inoponibilidade do ato simulado*, que gera a nulidade do contrato, em face de terceiros de boa-fé. Isso confirma a tese segundo a qual a boa-fé objetiva é preceito de ordem pública, conforme reconhecido pelo Enunciado n. 363 do CJF/STJ.

6.4.2.8 Doação conjuntiva

A doação conjuntiva é aquela que conta com a presença de dois ou mais donatários (art. 551 do CC), presente uma obrigação divisível. Em regra, incide uma presunção relativa (*iuris tantum*) de divisão igualitária da coisa em quotas iguais entre os donatários. Entretanto, o instrumento contratual poderá trazer previsão em contrário.

Por regra, não há *direito de acrescer* entre os donatários na doação conjuntiva. Dessa forma, falecendo um deles, sua quota será transmitida diretamente a seus sucessores e não ao outro donatário. Mas o direito de acrescer pode estar previsto no contrato (*direito de acrescer convencional*) ou na lei (*direito de acrescer legal*).

O art. 551, parágrafo único, do CC, enuncia uma hipótese de *direito de acrescer legal*, sendo aplicado quando os donatários forem marido e mulher. Nessa hipótese, falecendo um dos cônjuges, a quota do falecido é transmitida para o seu consorte, sendo desprezadas as regras sucessórias. Como se trata de norma excepcional, prevista para o casamento, este autor não é favorável à sua aplicação para a união estável, até porque a convivência é de difícil caracterização.

6.4.2.9 Doação manual

Conforme visto, a doação de bem móvel de pequeno valor pode ser celebrada verbalmente, desde que seguida da entrega imediata da coisa (tradição) – art. 541, parágrafo único, do CC. Trata-se da denominada *doação manual*.

A doação é um contrato consensual em que se exige a forma escrita, por regra. Porém, a doação manual constitui exceção a essa regra. Repise-se que a caracterização do que seja *bem de pequeno valor* depende de análise casuística.

6.4.2.10 *Doação inoficiosa*

Segundo o art. 549 do CC/2002, é nula a doação quanto à parte que exceder o limite de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento. Essa doação, que prejudica a legítima, é denominada *doação inoficiosa*. Insta verificar que o caso é de nulidade absoluta textual (art. 166, VII, do CC), mas de uma nulidade diferente das demais, eis que atinge tão somente a parte que excede a legítima.

A título de exemplo, se o doador tem o patrimônio de R$ 100.000,00 e faz uma doação de R$ 70.000,00, o ato será válido até R$ 50.000,00 (parte disponível) e nulo nos R$ 20.000,00 que excederam a proteção da legítima. O que se percebe é que o art. 549 do CC tem como conteúdo o princípio da conservação do contrato, que é anexo à função social dos contratos, uma vez que procura preservar, dentro do possível juridicamente, a autonomia privada manifestada na doação. O julgado do STJ a seguir é ilustrativo dessa solução:

> "Civil. Doação inoficiosa. 1. A doação ao descendente é considerada inoficiosa quando ultrapassa a parte que poderia dispor o doador, em testamento, no momento da liberalidade. No caso, o doador possuía 50% dos imóveis, constituindo 25% a parte disponível, ou seja, de livre disposição, e 25% a legítima. Este percentual é que deve ser dividido entre os 6 (seis) herdeiros, tocando a cada um 4,16%. A metade disponível é excluída do cálculo. 2. Recurso especial não conhecido" (STJ, REsp 112.254/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4.ª Turma, j. 16.11.2004, *DJ* 06.12.2004, p. 313).

Ainda em sede de Superior Tribunal de Justiça, pontue-se que se tem entendido que o valor a ser apurado com o fim de se reconhecer a nulidade deve levar em conta o momento da liberalidade. Assim, "para aferir a eventual existência de nulidade em doação pela disposição patrimonial efetuada acima da parte de que o doador poderia dispor em testamento, a teor do art. 1.176 do CC/1916, deve-se considerar o patrimônio existente no momento da liberalidade, isto é, na data da doação, e não o patrimônio estimado no momento da abertura da sucessão do doador. O art. 1.176 do CC/1916 – correspondente ao art. 549 do CC/2002 – não proíbe a doação de bens, apenas a limita à metade disponível. Embora esse sistema legal possa resultar menos favorável para os herdeiros necessários, atende melhor aos interesses da sociedade, pois não deixa inseguras as relações jurídicas, dependentes de um acontecimento futuro e incerto, como o eventual empobrecimento do

doador" (STJ, AR 3.493/PE, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 12.12.2012, publicado no seu *Informativo* n. *512*).

Como a questão envolve ordem pública, conclui-se que a ação declaratória de nulidade da parte inoficiosa – denominada de *ação de redução* – não é sujeita à prescrição ou à decadência (didaticamente, imprescritível), podendo ser proposta a qualquer tempo (art. 169 do CC). Por isso, não há necessidade de aguardar o falecimento do doador para a sua propositura. Em outras palavras, poderá ser proposta mesmo estando vivo o doador que instituiu a liberalidade viciada. Visando esclarecer, o Projeto de Lei 699/2011 pretende acrescentar um parágrafo único ao art. 549, com o seguinte teor: "Art. 549. (...) Parágrafo único. A ação de nulidade pode ser intentada mesmo em vida do doador". A proposta confirma o entendimento doutrinário atual, que pode ser invocado.[37]

Ainda no tocante ao prazo, surge um outro entendimento no sentido de que, pelo fato de a questão envolver direitos patrimoniais, está sujeita a prazo prescricional, que é próprio dos direitos subjetivos. Como não há prazo especial previsto, deverá ser aplicado o prazo geral de prescrição. Na vigência do CC/1916, esse prazo era de vinte anos; na vigência do CC/2002, é de dez anos (art. 205). A respeito da aplicação do prazo geral de prescrição, já entendeu o Superior Tribunal de Justiça (STJ, REsp 259.406/PR (200000489140), 600816, Data da decisão: 17.02.2005, 4.ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, *DJ* 04.04.2005, p. 314).

A aplicação do prazo geral de dez anos foi confirmada em aresto mais recente, do mesmo Tribunal da Cidadania, segundo o qual "aplica-se às pretensões declaratórias de nulidade de doações inoficiosas o prazo prescricional decenal do CC/02, ante a inexistência de previsão legal específica. Precedentes" (STJ, REsp 1.321.998, 3.ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 07.08.2014).

Todavia, merece destaque o voto vencido do Ministro João Otávio de Noronha, seguindo o mesmo entendimento deste autor, de imprescritibilidade da pretensão. Ponderou o julgador que "Discute-se, em ação declaratória de nulidade de partilha e doação, qual o prazo para que a herdeira necessária possa insurgir-se contra a transferência da totalidade dos bens do pai para a ex-esposa e para a filha do casal, sem observância da reserva da legítima, circunstância que caracteriza a doação inoficiosa. Trata-se, portanto, de caso de nulidade expressamente prevista no art. 549 do atual Código Civil, em razão do disposto nos arts. 1.789 e 1.846 do mesmo diploma legal. E, a teor da norma contida no art. 169 do mesmo Código, 'o negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo', a significar que a nulidade é imprescritível. Essa é a tese que defendo. Não desconheço a discussão existente a respeito dessa norma e que, em nome da paz social, levou ao entendimento jurisprudencial de que tal nulidade não fica imune à ocorrência de prescrição. Reservo-me o direito de, em momento oportuno, trazer a matéria a debate na profundidade que entendo necessária". De fato, o tema merece ser debatido e aprofundado pela civilística nacional.

Por fim, é forçoso anotar que este autor segue o entendimento, também majoritário na doutrina, pelo qual a ação somente poderá ser proposta pelos interessados, ou seja, pelos herdeiros necessários do doador.[38] Isso ressalta o seu caráter de nulidade especial, pois, apesar de envolver ordem pública, a ação somente cabe a quem tem interesse patrimonial (nesse sentido, ver: STJ, REsp 167.069/DF, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, Rel. p/Acórdão Min. Waldemar Zveiter, 3.ª Turma, j. 20.02.2001, *DJ* 02.04.2001, p. 285).

6.4.2.11 Doação universal

Nula é a doação de todos os bens, sem a reserva do mínimo para a sobrevivência do doador (art. 548 do CC). Essa doação, que é vedada expressamente pela lei – sendo, por isso, uma hipótese de *nulidade textual*, nos termos do art. 166, VII, primeira parte, do CC –, é denominada *doação universal*.

Anote-se que o art. 1.176 do CC/1916, que corresponde a esse dispositivo, foi um dos comandos legais explorados na *obra-prima* do Direito Civil intitulada *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo* do jurista Luiz Edson Fachin. Por esta brilhante tese, diante do princípio da proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CF/1988), deve ser assegurado à pessoa o mínimo para a sua sobrevivência, ou melhor, o mínimo para que possa viver com dignidade (*piso mínimo de direitos patrimoniais*). Isso diante da tendência de *personalização do Direito Privado*. A tese acaba entrelaçando os direitos existenciais aos patrimoniais.

Mais uma vez, como a nulidade é absoluta e envolve ordem pública, poderá a ação declaratória de nulidade ser proposta a qualquer tempo, sendo imprescritível. Caberá ainda intervenção do MP e declaração de ofício dessa nulidade absoluta pelo juiz, que dela tenha conhecimento (art. 169 do CC).

A leitura correta do art. 548 do CC traz a conclusão de que é até possível que a pessoa doe todo o seu patrimônio, desde que faça uma reserva de usufruto, de rendas ou alimentos a seu favor, visando a sua manutenção e a sua sobrevivência de forma digna. Em casos tais, para esclarecer qual é o *piso mínimo*, recomenda-se análise casuística. Trazendo tal conclusão, transcreve-se julgado do STJ, publicado no seu *Informativo* n. *433*:

> "*Doação Universal. Bens. Separação*. Discute-se no REsp se a proibição de doação universal de bens, óbice disposto no art. 1.175 do CC/1916 (atual art. 548 do CC/2002), incidiria no acordo da separação consensual de casal. Segundo o recorrente, da abrangência total dos bens, uns foram doados e outros ficaram para a ex-mulher na partilha. Já o Tribunal *a quo* posicionou-se no sentido da inaplicabilidade do art. 1.175 do CC/1916, visto que, à época das doações, o recorrente possuía partes ideais de outros imóveis e, na partilha da separação consensual, os bens que ficaram com a ex-mulher foram doados ao casal pelos pais dela. Explica o Min. Relator que a proibição do citado artigo deve incidir nos acordos de separação judicial, pois se destina à proteção do autor da liberalidade, ao impedi-lo de, em um momento de impulso ou de

depressão psicológica, desfazer-se de todos seus bens, o que o colocaria em estado de pobreza. Ademais, a dissipação completa do patrimônio atenta contra o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CF/1988). Considera, ainda, o Min. Relator que os acordos realizados nas separações judiciais são transações de alta complexidade, haja vista os interesses a serem ajustados (guarda dos filhos, visitas, alimentos etc.). Por esse motivo, é corriqueira a prática de acordos a transigir com o patrimônio a fim de compor ajustes para resolver questões que não seriam solucionadas sem a condescendência econômica de uma das partes. Observa que as doações, nos casos de separação, também se sujeitam à validade das doações ordinárias; assim, a nulidade da doação dar-se-á quando o doador não reservar parte de seus bens, ou não tiver renda suficiente para a sua sobrevivência e só não será nula quando o doador tiver outros rendimentos. Diante do exposto, a Turma deu provimento ao recurso para anular o acórdão recorrido, a fim de que o tribunal de origem analise a validade das ações, especialmente quanto à existência de recursos financeiros para a subsistência do doador" (REsp 285.421-SP, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ-RS), j. 04.05.2010).

6.4.2.12 *Doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice*

Enuncia o art. 550 do CC/2002 que é anulável a doação do cônjuge ao seu cúmplice, desde que proposta ação anulatória pelo outro cônjuge ou pelos seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal. O dispositivo merece críticas, pois apresenta uma série de problemas, o que esvazia a sua eficácia:

1.º) Tal proibição tem por alcance somente as pessoas casadas, não se aplicando às solteiras, separadas ou divorciadas, que podem dispor de seus bens livremente aos seus companheiros, desde que a doação não seja inoficiosa ou passível de declaração de nulidade ou anulação por outra razão. Diante da proteção constitucional das entidades familiares, deve-se entender que o dispositivo não se aplica se o doador viver com o donatário em união estável (doação à companheira ou companheiro). Assim entendeu a 4.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento anterior ao Código Civil de 2002 (*RSTJ* 62/193 e *RT* 719/258). Esse entendimento deve ser aplicado aos casos de ser o doador casado, mas separado de fato, judicial ou extrajudicialmente (art. 1.723, § 1.º, do CC e Lei 11.441/2007), mesmo sendo o donatário *o pivô* da separação.

2.º) Condena-se a utilização das expressões "adúltero" e "cúmplice", que se encontram superadas, eis que não existe mais o crim de adultério, desde a Lei 11.106/2005.

3.º) O art. 550 do CC entra em conflito com o art. 1.642, V, do CC. Isso porque o primeiro dispositivo menciona a anulação nas hipóteses de doação ao cúmplice, enquanto o último prevê a possibilidade de uma ação reivindicatória a ser proposta pelo outro cônjuge. Como se sabe, a ação de anulação está sujeita a prazo decadencial, enquanto a ação reivindicatória ou está sujeita à prescrição ou é imprescritível. Ademais, o inciso V do art. 1.642 acaba prevendo um prazo para a união estável, de forma invertida (cinco anos). Pelo menos para esse caso. Nesse sentido, acaba entrando em conflito com o art. 1.723, *caput*, do CC, que dispensa prazo para a sua caracterização.

Na verdade, o art. 550 do CC é polêmico, parecendo-nos a sua redação um verdadeiro descuido do legislador, um *grave cochilo*. A sua aplicação somente será possível se o doador não viver em união estável com o donatário, havendo uma *doação a concubino*, de bem comum, na vigência do casamento. Para esses casos, por ter sentido de maior especialidade, o art. 550 do CC prevalece sobre o art. 1.642, V, da mesma codificação.

6.4.2.13 *Doação a entidade futura*

A lei possibilita a doação a uma pessoa jurídica que ainda não exista, condicionando a sua eficácia à regular constituição da entidade, nos termos do art. 554 do CC em vigor. Se a entidade não estiver constituída no prazo de dois anos contados da efetuação da doação, caducará essa doação. A utilização da expressão "caducará" pelo dispositivo deixa claro que o prazo referido no dispositivo é decadencial. Há, na espécie, uma doação sob condição suspensiva, pois o negócio fica pendente até a regularização da empresa.

6.4.3 Da promessa de doação

Discute-se muito em sede doutrinária e jurisprudencial a viabilidade jurídica da promessa de doação, ou seja, a possibilidade de haver contrato preliminar unilateral que vise a uma liberalidade futura. Sintetizando, pela promessa de doação, uma das partes compromete-se a celebrar um contrato de doação futura, beneficiando o outro contratante.

Na opinião deste autor, não há óbice em se aceitar tal promessa, uma vez que não há no ordenamento jurídico qualquer dispositivo que a vede, não contrariando esta figura negocial qualquer princípio de ordem pública como, por exemplo, o da função social dos contratos e o da boa-fé objetiva. Muito ao contrário, o art. 466 do Código Civil em vigor, que trata da promessa unilateral de contrato, acaba dando sustentáculo a essa possibilidade. Em reforço, a promessa de doação está dentro do exercício da autonomia privada do contratante.

Adotando em parte tais premissas, na *VI Jornada de Direito Civil* (2013) foi aprovado o Enunciado n. 549, *in verbis*: "a promessa de doação no âmbito da transação constitui obrigação positiva e perde o caráter de liberalidade previsto no art. 538 do Código Civil". O enunciado é perfeito ao admitir a promessa de doação, havendo polêmica quanto à perda ou não do seu caráter de liberalidade.

Admitidas a validade e a eficácia desse negócio, dentro dos princípios gerais que regem o contrato preliminar, o futuro beneficiário é investido no direito de exigir o cumprimento da promessa de doação da coisa, pois a intenção de praticar a liberalidade manifestou-se no momento da sua celebração.

Em relação ao cumprimento da promessa de doação, esta é possível pela redação do art. 466-B do CPC, introduzido pela Lei 11.232/2005 e que revogou o art. 639 do mesmo Estatuto Processual: "Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado".

A encerrar, lembre-se de que o próprio STJ já reconheceu a validade e a eficácia da promessa de doação, em caso envolvendo a dissolução da sociedade conjugal: "Doação. Promessa de doação.

Dissolução da sociedade conjugal. Eficácia. Exigibilidade. Ação cominatória. O acordo celebrado quando do desquite amigável, homologado por sentença, que contém promessa de doação de bens do casal aos filhos, é exigível em ação cominatória. Embargos de divergência rejeitados" (Superior Tribunal de Justiça, EREsp 125.859/RJ, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Segunda Seção, julgado em 26.06.2002, *DJ* 24.03.2003, p. 136). Porém a questão é demais controvertida, havendo decisão do próprio STJ em sentido oposto (nesse sentido, ver: STJ, REsp 730.626/SP, Rel. Min. Jorge Scartezzini, 4.ª Turma, j. 17.10.2006, *DJ* 04.12.2006, p. 322).

6.4.4 Da revogação da doação

Na presente obra foi exposto que a revogação é forma de resilição unilateral, de extinção de um contrato por meio de pedido formulado por um dos contratantes em virtude da quebra de confiança entre eles. O instituto está tratado entre os arts. 555 e 564 do atual CC e é reconhecido como um *direito potestativo a favor do doador*. A revogação pode se dar por dois motivos: por ingratidão do donatário ou por inexecução do encargo ou modo (art. 555 do CC).

De início, quanto à ingratidão, esta envolve matéria de ordem pública. Tanto isso é verdade, que o art. 556 do CC em vigor proíbe a renúncia prévia ao direito de revogar a doação por ingratidão. Se houver cláusula nesse sentido, tal disposição será nula, mantendo-se o restante do contrato (princípio da conservação contratual). De qualquer modo, mesmo sendo nula a cláusula de renúncia, o doador pode abrir mão desse direito, não o exercendo no prazo fixado em lei, eis que se trata de um direito potestativo.

O art. 557 do CC traz um rol de situações que podem motivar a revogação por ingratidão, a saber:

- Se o donatário atentou contra a vida do doador ou cometeu crime de homicídio doloso contra ele.
- Se cometeu contra ele ofensa física.
- Se o injuriou gravemente ou o caluniou.
- Se, podendo ministrá-los, recusou ao doador os alimentos de que este necessitava (desamparo quanto aos alimentos).

O debate a respeito desse dispositivo refere-se à natureza taxativa ou exemplificativa desse rol. A matéria é de ordem pública, o que justificaria o argumento de que o rol é *numerus clausus* ou taxativo. Porém, prescreve o Enunciado n. 33 do CJF/STJ, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, que "o Código Civil vigente estabeleceu um novo sistema para a revogação da doação por ingratidão, pois o rol legal do art. 557 deixou de ser taxativo, admitindo outras hipóteses". O enunciado, que consubstancia o entendimento doutrinário majoritário, segue a tendência de

entendimento pelo qual as relações tratadas pelo Código Civil são meramente exemplificativas, e não taxativas. Conclui-se, portanto, que qualquer atentado à dignidade do doador por parte do donatário pode acarretar a revogação da doação por ingratidão, cabendo análise caso a caso. Em suma, o rol é exemplificativo (*numerus apertus*).

De toda sorte, mesmo sendo o rol ilustrativo, deve o ato de ingratidão ser de especial gravidade, a fundamentar a revogação e consequente ineficácia da doação. No trilhar de aresto relatado pelo Ministro Sidnei Benetti no Superior Tribunal de Justiça, "para a revogação da doação por ingratidão, exige-se que os atos praticados, além de graves, revistam-se objetivamente dessa característica. Atos tidos, no sentido pessoal comum da parte, como caracterizadores de ingratidão, não se revelam aptos a qualificar-se juridicamente como tais, seja por não serem unilaterais ante a funda dissensão recíproca, seja por não serem dotados da característica de especial gravidade injuriosa, exigida pelos termos expressos do Código Civil, que pressupõem que a ingratidão seja exteriorizada por atos marcadamente graves, como os enumerados nos incisos dos arts. 1.183 do Código Civil de 1916 e 557 do Código Civil de 2002" (STJ, REsp 1.350.464/SP, 3.ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 26.02.2013, *DJE* 11.03.2013).

Também pode ocorrer a revogação por indignidade quando o ofendido for cônjuge, ascendente, descendente, ainda que adotivo, ou irmão do doador (art. 558 do CC). Há proposta de alteração desse dispositivo com o objetivo de incluir neste rol o companheiro, equiparado em parte ao cônjuge pela Constituição Federal (PL 699/2011). O dispositivo em comento reforça a tese de que o rol do art. 557 do CC é aberto ou exemplificativo, pois o atentado a fundamentar a ingratidão não necessariamente ocorrerá em relação ao donatário, mas em relação a uma pessoa de sua família.

Segundo o art. 561 do CC a revogação por ingratidão no caso de homicídio doloso do doador caberá aos seus herdeiros, exceto se o doador tiver perdoado o donatário. Esse perdão, logicamente, poderá ser concedido no caso de declaração de última vontade provada por testemunhas idôneas. A título de exemplo, o doador, antes de falecer e convalescendo em um hospital, declara verbalmente que perdoou o ato praticado pelo donatário, o que deve ser comprovado pelo interessado. Por óbvio que essa declaração não pode ser dada após a morte do doador, pois não se admite a *prova psicografada*. Não se olvide, contudo, que a redação do comando legal é, no mínimo, estranha, com difícil efetivação prática.

A revogação por ingratidão não prejudicará os direitos adquiridos por terceiros, nem obrigará o donatário a restituir os frutos percebidos antes da citação válida, pois nessa situação a sua condição de possuidor de boa-fé é presumida. No entanto, sujeita-o a pagar os frutos posteriores, e, quando não possa restituir em espécie as coisas doadas, a indenizá-la pelo meio-termo de seu valor (art. 563 do CC).

Nos termos da lei civil, em alguns casos não é admitida a revogação da doação por ingratidão (art. 564 do CC):

a) Doações puramente remuneratórias, salvo na parte que exceder o valor do serviço prestado pelo donatário ao doador.

b) Doações modais com encargo já cumprido, também diante do seu caráter oneroso.

c) Doações relacionadas com cumprimento de obrigação natural ou incompleta, como, por exemplo, gorjetas.

d) Doações *propter nuptias*, feitas em contemplação de determinado casamento.

O prazo para a revogação da doação consta do art. 559 do CC, cuja redação merece transcrição, para os aprofundamentos necessários:

> "Art. 559. A revogação por qualquer desses motivos deverá ser pleiteada dentro de um ano, a contar de quando chegue ao conhecimento do doador o fato que a autorizar, e de ter sido o donatário o seu autor".

Pois bem, a grande dúvida que surge do dispositivo é a seguinte: o prazo decadencial previsto no art. 559 do CC aplica-se tanto à revogação por ingratidão quanto ao caso de inexecução do encargo? Opinamos que sim, pois o dispositivo, ao mencionar "qualquer desses motivos", está fazendo referência ao art. 555 do CC. Reforçando, a ação de revogação é de natureza constitutiva negativa, fundada em direito potestativo, o que justifica o prazo decadencial. Isso porque o encargo é um ônus, sendo o contrato unilateral imperfeito.

Mas há quem entenda, amparado em entendimento jurisprudencial, que o prazo para revogar a doação por inexecução do encargo é prescricional de 10 anos em virtude da aplicação do art. 205 do CC. A corrente sustenta que o encargo é dever, havendo um direito subjetivo de exigi-lo, já que o contrato é bilateral (nesse sentido, pela incidência do prazo geral de prescrição, ver: STJ, REsp 69.682/MS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4.ª Turma, j. 13.11.1995, *DJ* 12.02.1996 p. 2.432).

Quando da *III Jornada de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal, foi elaborada proposta de enunciado pelo atual Ministro do STJ Paulo de Tarso Sanseverino, nos seguintes termos: "O prazo para revogação da doação por descumprimento do encargo é de dez (10) anos no novo Código Civil, não se aplicando o disposto no seu art. 559." O enunciado doutrinário não foi aprovado, pois não houve unanimidade sobre a natureza jurídica do direito do doador em casos tais (direito potestativo ou subjetivo). Na *IV Jornada de Direito*, José Fernando Simão propôs enunciado doutrinário no mesmo sentido, por entender ser o contrato bilateral e o prazo prescricional geral. No último evento, por falta de tempo não se debateu o enunciado. De toda sorte, fica o esclarecimento de que se trata de uma das questões mais controvertidas para o Direito Civil Brasileiro.

Superado esse ponto, entende-se que o art. 560 do atual Código deverá ser aplicado para ambos os casos de revogação da doação. De acordo com esse dispositivo, o direito de revogar a doação não se transmite aos herdeiros do doador, nem prejudica os do donatário. Mas aqueles podem

prosseguir na ação iniciada pelo doador, continuando-a contra os herdeiros do donatário, se este falecer depois de ajuizada a lide.

Especificamente a respeito da revogação da doação onerosa por inexecução do encargo, essa somente é possível se o donatário incorrer em mora. Não se pode confundir o legitimado para a revogação, que é somente o doador, com os legitimados para exigir a execução do encargo na doação, que podem ser o doador, o terceiro ou o MP caso o encargo seja de interesse geral. Não havendo prazo para o cumprimento, ou melhor, para a execução, o doador poderá notificar judicialmente o donatário, assinando-lhe prazo razoável para que cumpra a obrigação assumida, ou melhor, com o ônus assumido (art. 562 do CC). Após esse prazo fixado pelo doador é que se conta o prazo decadencial de um ano previsto no art. 559 do CC.

6.5 DA LOCAÇÃO DE COISAS NO CC/2002 (ARTS. 565 A 578 DO CC)

6.5.1 Conceito, natureza jurídica e âmbito de aplicação

A locação de coisas pode ser conceituada como sendo o contrato pelo qual uma das partes (locador ou senhorio) se obriga a ceder à outra (locatário ou inquilino), por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa remuneração, denominada aluguel (art. 565 do CC).

Quanto à natureza jurídica do contrato de locação de coisas, esta possui as seguintes características:

– Contrato bilateral ou *sinalagmático*, uma vez que traz obrigações recíprocas.

– O contrato é oneroso, pela presença de remuneração (aluguel).

– Contrato comutativo, pois as partes já sabem quais são as prestações.

– Contrato consensual, eis que se aperfeiçoa com a manifestação de vontades.

– Contrato informal e não solene, pois não é necessária escritura pública ou forma escrita, como regra geral.

– Trata-se de típico contrato de execução continuada (ou de trato sucessivo), uma vez que o cumprimento se protrai no tempo na maioria das hipóteses fáticas.

O CC/2002 trata da locação de bens móveis e imóveis. Em relação aos últimos, a atual codificação rege as locações imobiliárias que não estão sujeitas à Lei 8.245/1991 (Lei de Locações). Esta lei trata da locação de imóveis urbanos, levando em conta a destinação do imóvel.

Desse modo, se o imóvel for destinado para a residência, indústria, comércio ou prestações de serviços, será regido pela lei especial. Se for destinado para outros fins, caso da agricultura, a

pecuária e o extrativismo pode incidir o Estatuto da Terra (Lei 4.504/1964) ou o Código Civil. O art. 1.º da Lei de Locações exclui alguns imóveis do seu âmbito de aplicação, a saber:

a) *Imóveis públicos ou bens que integram o patrimônio público*: a esses bens devem ser aplicados o Decreto-lei 9.760/1946 a Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações).
b) *Vagas autônomas de garagem ou espaço destinados a veículos*: a locação desses bens deverá ser regida pelo Código Civ
c) *Espaços publicitários*, ou *outdoors*: sobre eles incidem as regras do Código Civil.
d) *Locação de espaços em apart-hotéis, hotéis residência ou equiparados (flats)*: sobre esses bens aplicam-se as regras do Código Civil. Alguns defendem a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, eis que há uma prestação de serviço, tese com a qual se concorda.
e) *Arrendamento Mercantil* ou *leasing*: deve ser aplicada a Lei 6.099/1974, para fins tributários, e resoluções do Banco Centra do Brasil (BACEN).

Portanto, o que se percebe é que o Código Civil tem aplicação bem reduzida em relação aos imóveis. No que concerne à locação de bens móveis é que se percebe a sua normal incidência. A presente obra somente analisará a locação regida pela atual codificação, eis que a Lei 8.245/1991 foge desta proposta bibliográfica, que tem como cerne fundamental o Código Civil de 2002. Ressalte-se que a locação imobiliária regida por lei especial está tratada em outra obra deste autor, no Volume 3 da coleção *Direito Civil*, por esta mesma casa editorial.

O que diferencia o contrato de locação do contrato de empréstimo, particularmente em relação ao comodato, é a presença de remuneração, o que não ocorre no último. Ademais, caso o contrato se referisse a bem fungível, a hipótese seria de mútuo. No entanto, em certas hipóteses, bens fungíveis poderão ser alugados, quando o seu uso e gozo for concedido *ad pompam vel ostentationem*, como no caso em que o locador cede ao locatário garrafas de vinho ou uma cesta de frutas para que sirvam de ornamentação em uma festa.

A forma do contrato de locação pode ser qualquer uma, inclusive a verbal, posto que é um contrato consensual e informal. O prazo da locação pode ser determinado ou indeterminado, dependendo do que se fixar no instrumento. No silêncio das partes, deve-se concluir que o prazo é indeterminado.

6.5.2 Efeitos da locação regida pelo Código Civil

De início, cumpre analisar os deveres das partes na locação. Como deveres que lhe são inerentes, o locador é obrigado a entregar ao locatário a coisa, com todas as suas pertenças e em condições de ser utilizada, manter o bem nesse estado na vigência da locação e garantir o seu uso pacífico, nos termos do pactuado (art. 566, I e II, do CC). Se houver desrespeito a tais deveres, o locatário poderá rescindir a locação, sem prejuízo das perdas e danos cabíveis.

Ocorrendo deterioração da coisa durante o prazo da locação e não havendo qualquer culpa do locatário, poderá este pleitear a redução do valor locatício ou resolver o contrato, caso a coisa não lhe sirva mais (art. 567 do CC). Isso porque, como se sabe, a coisa perece para o dono (*res perit domino*), regra que é retirada da teoria geral das obrigações. Aplicando bem a norma a uma locação de equipamentos, cumpre colacionar decisão do Tribunal de Minas Gerais:

> "Ação de anulação de título cambial c/c indenização por danos materiais e morais. Locação de bens móveis. Equipamento com defeito. Plano de contingência para conclusão dos serviços. Redução proporcional da locação. Danos materiais e Morais não provados. Diante do descumprimento parcial do contrato, em razão da locação do equipamento com defeito, em observância ao princípio geral de conservação dos contratos, mister se faz reduzir proporcionalmente as prestações, conforme autoriza o disposto no art. 567 do Código Civil. A ausência de comprovação da efetiva ocorrência dos danos materiais e morais não autoriza à concessão da respectiva indenização" (TJMG, Apelação Cível 1.0079.04.144899-8/0011, Contagem, 16.ª Câmara Cível, Rel. Des. Wagner Wilson, j. 11.02.2009, *DJEMG* 13.03.2009).

Como outro dever que lhe é inerente, o locador deve resguardar o locatário contra as turbações e os esbulhos cometidos por terceiros, tendo ambos legitimidade para promover as competentes ações possessórias, pois o locador é possuidor indireto e o locatário possuidor direto. Também responderá o locador por eventuais vícios e defeitos que acometem a coisa (art. 568 do CC). Os vícios referenciados são os redibitórios ou, eventualmente, os de produto, caso a relação jurídica seja caracterizada como de consumo, como é a situação de uma locação de veículo para um período de férias.

O art. 569 do CC/2002 traz as obrigações legais do locatário, comuns a todos que assumem essa condição, a saber:

- Servir-se da coisa alugada para os usos convencionados ou presumidos conforme a natureza dela, tratando a coisa como se su fosse.
- Pagar pontualmente o aluguel nos prazos ajustados e na falta de ajuste, segundo os costumes do lugar, sob pena de caracterização do inadimplemento contratual.
- Levar ao conhecimento do locador as turbações de terceiro, que se pretendam fundadas de direito.
- Restituir a coisa, finda a locação, no estado em que a recebeu, salvo as deteriorações naturais do uso.

Em casos tais, se o locatário desrespeitar um dos seus deveres, caberá a rescisão do contrato, por parte do locador, sem prejuízo das perdas e danos (resolução por inexecução voluntária).

Eventualmente, empregando o locatário a coisa em uso diverso do que consta do instrumento ou mesmo tendo em vista a destinação normal da coisa e vindo esta a se deteriorar, mais uma vez poderá o locador pleitear a rescisão do contrato por resolução, sem prejuízo de eventuais perdas e danos (art. 570 do CC).

Superado esse ponto, duas regras importantes que constam do art. 571 do CC devem ser

estudadas. A primeira é que se a locação for estipulada com prazo fixo, antes do seu vencimento não poderá o locador reaver a coisa alugada, a não ser que indenize o locatário pelas perdas e danos resultantes dessa quebra do contrato, gozando o locatário de direito de retenção do imóvel até o seu pagamento. Como segunda regra, dispõe o comando legal que o locatário somente poderá devolver a coisa pagando a multa prevista no contrato, proporcionalmente ao tempo que restar para o seu término.

Em complemento, o art. 572 do CC, em total sintonia com a redução da cláusula penal (art. 413 do CC) e com o princípio da função social do contrato, enuncia que se a multa ou a obrigação de pagar aluguel pelo tempo que restar para o término do contrato constituir uma indenização excessiva, será facultado ao juiz reduzi-la em bases razoáveis. Isso, se o contrato prever tal pagamento como forma de multa ou cláusula penal.

Sendo esse último artigo norma de ordem pública, não cabe sua renúncia, por força do instrumento contratual. Entretanto, há um grande problema no art. 572 do CC. Isso porque o dispositivo menciona que "será facultado ao juiz fixá-lo em bases razoáveis", enquanto o art. 413 do CC enuncia que a "penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz". Pelo primeiro comando, há uma *faculdade*, pelo segundo, um *dever*, o que inclui a redução da multa de ofício pelo juiz.

Na verdade, como o art. 572 do CC é norma especial, deve ser aplicado para a locação de coisas que segue a codificação privada. Para os demais casos deve ser aplicado o art. 413 do CC, particularmente para aqueles envolvendo a locação de imóvel urbano, complementando a regra do art. 4.º da Lei de Locação. Nesse sentido, estabelece o Enunciado n. 357 do CJF/STJ, da *IV Jornada de Direito Civil*: "O art. 413 do Código Civil é o que complementa o art. 4.º da Lei 8.245/1991. Revogado o Enunciado n. 179 da III Jornada".

Superado esse ponto, sendo por prazo determinado, a locação cessará de pleno direito com o término do prazo estipulado e independentemente de qualquer notificação ou aviso. Percebe-se, portanto, que a codificação adota, como regra, a possibilidade de *denúncia vazia*, ou seja, aquela sem fundamento sem qualquer motivo (art. 573 do CC). A hipótese é de resilição unilateral, pois a lei reconhece esse direito potestativo de extinguir o contrato à parte contratual (art. 473, *caput*, do CC).

Findo o prazo da locação, se o locatário continuar na posse da coisa alugada, sem oposição do locador, presumir-se-á prorrogada a avença sem prazo determinado, com o mesmo aluguel (art. 574 do CC). Em circunstâncias tais, a qualquer tempo e desde que vencido o prazo do contrato, poderá ainda o locador notificar o locatário para restituir a coisa (*denúncia vazia*) – resilição unilateral.

Não sendo a coisa devolvida, pagará o locatário, enquanto estiver na sua posse, o aluguel que o locador arbitrar na notificação, respondendo também por eventuais danos que a coisa venha a sofrer, mesmo em decorrência de caso fortuito (evento totalmente imprevisível) – art. 575 do CC.

De acordo com o art. 575, parágrafo único, do CC, se o aluguel arbitrado pelo locador quando da notificação for excessivo, poderá o juiz reduzi-lo, mas tendo como parâmetro o seu intuito de penalidade. Em suma, a fixação do aluguel pelo locador deve ser pautada pela boa-fé. Mais uma vez, percebe-se a possibilidade de controle da multa pelo magistrado, havendo um *poder* e não um *dever*, ao contrário do que consta do art. 413 do CC. Entretanto, repise-se, trata-se de norma especial que deve ser aplicada para os casos em questão, envolvendo a locação de coisas do Código Civil.

Sendo alienada a coisa, o novo proprietário não será obrigado a respeitar o contrato. Isso, a não ser que o contrato esteja em sua vigência, por prazo determinado, e contenha cláusula de sua vigência no caso de alienação, a constar do Registro de Imóveis ou do Cartório de Títulos e Documentos (art. 576, *caput* e § 1.º, do CC). A nova redação do dispositivo confirma o teor da Súmula 442 do STF, segundo a qual: "A inscrição do contrato no registro de imóveis, para a validade da cláusula de vigência contra o adquirente do imóvel, ou perante terceiros, dispensa a transcrição no registro de títulos e documentos".

Para os casos envolvendo imóvel, e ainda no caso em que o locador não esteja obrigado a respeitar o contrato, não poderá ele despedir o locatário, senão observado o prazo de 90 (noventa) dias após a notificação, visando à desocupação do imóvel (art. 576, § 2.º, do CC).

Morrendo o locador ou o locatário, transfere-se a locação a seus herdeiros, o que comprova que o contrato não tem natureza personalíssima ou *intuitu personae* no que se refere à questão sucessória. Nesse âmbito, o contrato é considerado como impessoal (art. 577 do CC).

Por fim, quanto às benfeitorias, o locatário tem direito de retenção quanto às necessárias, em todos os casos. Em relação às benfeitorias úteis, o locatário só terá direito de retenção se forem autorizadas (art. 578 do CC). É muito pertinente verificar o teor da Súmula 158 do STF, segundo a qual: "Salvo estipulação contratual averbada no registro imobiliário, não responde o adquirente pelas benfeitorias do locatário". Mais recentemente, o STJ editou a Súmula 335, também aplicável à locação de imóveis regida pelo Código Civil, a saber: "Nos contratos de locação, é válida a cláusula de renúncia à indenização das benfeitorias e ao direito de retenção".

6.6 DO EMPRÉSTIMO. COMODATO E MÚTUO

6.6.1 Introdução. Conceitos básicos

O contrato de empréstimo pode ser conceituado como sendo o negócio jurídico pelo qual uma pessoa entrega uma coisa a outra, de forma gratuita, obrigando-se esta a devolver a coisa emprestada ou outra de mesma espécie e quantidade. O negócio em questão é um exemplo claro de contrato unilateral e gratuito, abrangendo duas espécies:

> a) *Comodato* – empréstimo de bem infungível e inconsumível, em que a coisa emprestada deverá ser restituída findo o contrato (*empréstimo de uso*).
>
> b) *Mútuo* – empréstimo de bem fungível e consumível, em que a coisa é consumida e desaparece, devendo ser devolvida outra de mesma espécie e quantidade (*empréstimo de consumo*).

Os dois contratos de empréstimo, além de serem unilaterais e gratuitos (benéficos), em regra, são ainda negócios comutativos, informais e reais. A última característica decorre do fato de que esses contratos têm aperfeiçoamento com a entrega da coisa emprestada (tradição ou *traditio*). Isso desloca a tradição do plano da eficácia – terceiro degrau da *Escada Ponteana* – para o plano da validade – segundo degrau. Passa-se ao estudo de suas regras fundamentais.

6.6.2 Do comodato (arts. 579 a 585 do CC)

Como exposto, o comodato é um contrato unilateral, benéfico e gratuito em que alguém entrega a outra pessoa uma coisa infungível, para ser utilizada por um determinado tempo e devolvida findo o contrato. Por razões óbvias, o contrato pode ter como objeto bens móveis ou imóveis, pois ambos podem ser infungíveis (insubstituíveis).

A parte que empresta a coisa é denominada comodante, enquanto a que recebe é o comodatário. O contrato é *intuitu personae*, baseado na fidúcia, na confiança do comodante em relação ao comodatário. Não exige sequer forma escrita, sendo contrato não solene e informal.

Em regra, o comodato terá como objeto bens não fungíveis e não consumíveis. Entretanto, a doutrina aponta a possibilidade de o contrato ter como objeto bens fungíveis utilizados para enfeite ou ornamentação, sendo denominado comodato *ad pompam vel ostentationem*. Ilustrando, esse contrato está presente quando "se empresta uma cesta de frutas exóticas ou garrafas de uísque para ornamentação ou exibição numa exposição, hipóteses em que a convenção das partes tem o condão de transformar a coisa fungível por sua natureza em infungível, pois só dessa maneira será possível, findo o comodato, a restituição da mesma coisa que foi emprestada".[39]

O art. 579 do CC/2002 é claro ao determinar que o comodato perfaz-se com a tradição do objeto, com a sua entrega, o que denota a sua natureza real. Quanto à possibilidade de celebração de promessa de comodato, é de se responder positivamente, como Marco Aurélio Bezerra de Melo, enquadrando a hipótese dentro dos contratos preliminares (arts. 462 a 466 do CC). Entende esse doutrinador que não havendo a entrega da coisa, estará presente somente a promessa de empréstimo, figura negocial atípica.[40]

Limitando a sua celebração, o art. 580 do CC enuncia que os tutores, curadores em geral ou administradores de bens alheios, não poderão dar em comodato, sem autorização especial, os bens

confiados à sua guarda. A exemplo do que ocorre com o art. 497 do CC, aplicável à compra e venda, trata-se de uma limitação à liberdade de contratar. Para que essa venda seja realizada, é preciso haver autorização do próprio dono ou autorização judicial, ouvido o Ministério Público se o negócio envolver interesses de incapaz.

O contrato de comodato é apontado como um negócio temporário, fixado com prazo determinado ou indeterminado. Se o contrato não tiver prazo convencional (prazo indeterminado), será presumido para o uso concedido. Nessa hipótese, não pode o comodante, salvo necessidade imprevista e urgente reconhecida pelo juiz, suspender o uso e gozo da coisa emprestada. A última regra também vale para o contrato celebrado com prazo determinado. Em outras palavras, antes de findo o prazo ou do uso concedido, não poderá o comodante reaver a coisa, em regra (art. 581 do CC). O desrespeito a esse dever gera o pagamento das perdas e danos que o caso concreto determinar.

Ainda do art. 581 do CC podem ser retiradas algumas conclusões práticas. De início, quanto ao comodato com prazo determinado, findo esse, será devida a devolução da coisa, sob pena de ingresso da ação de reintegração de posse e sem prejuízo de outras consequências previstas em lei. Em casos tais, encerrado o prazo, haverá mora automática do devedor (mora *ex re*), nos termos do art. 397, *caput*, do CC. Aplica-se a máxima *dies interpellat pro homine* (o dia do vencimento interpela a pessoa).

Não havendo prazo fixado, a coisa será utilizada conforme a sua natureza. Finda a utilização, o comodante deverá notificar o comodatário para devolvê-la, constituindo-o em mora, nos termos do art. 397, parágrafo único, do CC (mora *ex persona*). Não sendo atendido o locador, caberá ação de reintegração de posse, sem prejuízo de outras penalidades. A jurisprudência do STJ tem divergido se a mera notificação, por si só, é motivo para a reintegração da posse. Entendendo que sim, cumpre transcrever:

> "Civil. Ação de reintegração de posse. Comodato verbal. Pedido de desocupação. Notificação. Suficiência. CC anterior, art. 1.250. Dissídio jurisprudencial comprovado. Procedência. I. Dado em comodato o imóvel, mediante contrato verbal, onde, evidentemente, não há prazo assinalado, bastante à desocupação a notificação ao comodatário da pretensão do comodante, não se lhe exigindo prova de necessidade imprevista e urgente do bem. II. Pedido de perdas e danos indeferido. III. Precedentes do STJ. IV. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. Ação de reintegração de posse julgada procedente em parte" (STJ, REsp 605.137/PR, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4.ª Turma, j. 18.05.2004, *DJ* 23.08.2004, p. 251).

Contudo, em sentido contrário, há julgado posterior:

> "Civil. Comodato por prazo indeterminado. Retomada do imóvel. Se o comodato não tiver prazo convencional, presumir-se-lhe-á o necessário para o uso concedido, salvo necessidade imprevista e urgente do comodante (CC, art. 1.250). 2. Processo civil. Reintegração de posse. Medida liminar. A só notificação do comodatário de que já não interessa ao

comodante o empréstimo do imóvel é insuficiente para que o juiz determine a imediata reintegração de posse; ainda que deferida a medida liminar, deve ser assegurado o prazo necessário ao uso concedido sem perder de vista o interesse do comodante, para não desestimular a benemerência. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido" (STJ, REsp 571.453/MG, Rel. Min. Ari Pargendler, 3.ª Turma, j. 06.04.2006, *DJ* 29.05.2006, p. 230).

Na opinião deste autor, em regra, a notificação é suficiente para a reintegração de posse, mas em algumas situações deve ser analisado o caso concreto. A título de exemplo, pode ser aplicado o art. 473, parágrafo único, do CC, sendo postergado o contrato nos casos em que o comodatário tiver realizado investimentos consideráveis no negócio.

A parte final do art. 582 do CC consagra outras penalidades nos casos em que o bem não é devolvido, pois "o comodatário constituído em mora, além de por ela responder, pagará, até restituí-la, o aluguel da coisa que for arbitrado pelo comodante". É notório que as consequências da mora do devedor estão previstas no art. 399 do CC, respondendo o comodatário no caso em questão por caso fortuito e força maior, a não ser que prove a ausência de culpa ou que a perda do objeto do contrato ocorreria mesmo se não estivesse em atraso.

Quanto ao aluguel fixado pelo comodante, geralmente quando da notificação, este tem caráter de penalidade, não sendo o caso de se falar em conversão do comodato em locação. Referente à fixação desse *aluguel-pena*, prevê o Enunciado n. 180 do CJF/STJ, aprovado na *III Jornada de Direito Civil*, que "A regra do parágrafo único do art. 575 do novo CC, que autoriza a limitação pelo juiz do aluguel arbitrado pelo locador, aplica-se também ao aluguel arbitrado pelo comodante, autorizado pelo art. 585, 2.ª parte, do novo CC". Pelo teor do enunciado, será *facultado* ao juiz reduzir o aluguel arbitrado pelo comodante se ele for excessivo, a exemplo do que ocorre com a locação regida pelo Código Civil.

Julgado do Superior Tribunal de Justiça, do ano de 2012, estabeleceu muito bem tal relação, deduzindo que "A natureza desse aluguel é de uma autêntica pena privada, e não de indenização pela ocupação indevida do imóvel emprestado. O objetivo central do aluguel não é transmudar o comodato em contrato de locação, mas sim coagir o comodatário a restituir o mais rapidamente possível a coisa emprestada, que indevidamente não foi devolvida no prazo legal. O arbitramento do aluguel-pena não pode ser feito de forma abusiva, devendo respeito aos princípios da boa-fé objetiva (art. 422/CC), da vedação ao enriquecimento sem causa e do repúdio ao abuso de direito (art. 187/CC). Havendo arbitramento em valor exagerado, poderá ser objeto de controle judicial, com eventual aplicação analógica da regra do parágrafo único do art. 575 do CC, que, no aluguel-pena fixado pelo locador, confere ao juiz a faculdade de redução quando o valor arbitrado se mostre manifestamente excessivo ou abusivo. Para não se caracterizar como abusivo, o montante do aluguel-pena não pode ser superior ao dobro da média do mercado, considerando que não deve servir de meio para o enriquecimento injustificado do comodante" (STJ, REsp 1.175.848/PR, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 18.09.2012, publicado no seu *Informativo* n. *504*).

A primeira parte do art. 582 do CC traz a regra pela qual o comodatário deve conservar a coisa emprestada como se sua fosse. O comodatário não pode, ainda, usá-la em desacordo com o que prevê o contrato ou à própria natureza da coisa, sob pena de responder, de forma integral, pelas perdas e danos que o caso concreto indicar. O dispositivo impõe ao comodatário as obrigações de guardar e conservar a coisa (obrigação de fazer); bem como a obrigação de não desviar o uso da coisa (obrigação de não fazer).

O desrespeito a esses deveres, além de gerar a imputação das perdas e danos, poderá motivar a rescisão contratual por inexecução voluntária. A obrigação do comodatário é cumulativa ou conjuntiva, pois o desrespeito a qualquer um desses deveres é motivo suficiente para a resolução contratual.

O art. 583 do CC enuncia consequência importante para o comodatário. Se, caindo em risco a coisa emprestada, o comodatário deixar de salvá-la para salvar coisa própria, responderá pelo dano ocorrido, ainda que em decorrência de caso fortuito (evento totalmente imprevisível) e força maior (evento previsível, mas inevitável). Vejamos um exemplo para ilustrar o caso. Pablo empresta um cavalo puro sangue para Rodolfo, que o coloca em um estábulo junto com outro cavalo de sua propriedade, um pangaré. Um raio atinge o estábulo que começa a pegar fogo, colocando os animais em risco. Como tem um apreço muito grande pelo pangaré, Rodolfo resolve salvá-lo, deixando o puro-sangue arder nas chamas. A consequência do caso em questão é a responsabilidade integral do comodatário (Rodolfo) em relação ao comodante (Pablo). A norma acaba penalizando a conduta do comodatário, sendo caso de responsabilização por eventos imprevisíveis e inevitáveis. Constitui, portanto, exceção à regra de que a parte não responde por tais ocorrências.

Ressaltando o caráter gratuito do contrato, o comodatário não poderá, em hipótese alguma, recobrar do comodante as despesas feitas com o uso e o gozo da coisa emprestada (art. 584 do CC). Em relação a tal comando surge polêmica a respeito das benfeitorias.

Por ser o comodatário possuidor de boa-fé – diante da existência de um justo título (art. 1.201, parágrafo único, do CC) –, em regra, terá direito à indenização e direito de retenção pelas benfeitorias necessárias e úteis, conforme o art. 1.219 do CC. Além disso, poderá levantar as benfeitorias voluptuárias, se isso não danificar o bem. Contudo, podem as partes, em contrato paritário, prever o contrário, sendo perfeitamente válida a cláusula nesse sentido em tais contratos plenamente discutidos.

De toda a sorte, há julgados que apontam que o comodatário não tem direito a ser indenizado por tais benfeitorias, pela norma do art. 584 do CC:

> “Reintegração de posse. Comodato verbal. Imóvel utilizado para exercício de atividade empresarial. Benfeitorias realizadas em proveito do comodatário, cuja finalidade era adequar o imóvel a atividade exercida. Inexistência do dever de indenizar. Desnecessidade de prova pericial. Inteligência do artigo 584 do Código Civil. Manutenção da sentença. Desprovimento do

apelo" (TJRJ, Apelação 2009.001.16394, 1.ª Câmara Cível, Rel.ª Des.ª Vera Maria Soares Van Hombeeck, j. 14.04.2009, *DORJ* 27.04.2009, p. 116).

"Contrato. Comodante. Imóvel. Pretensão a indenização por benfeitorias. Inadmissibilidade, mesmo em face da revelia dos réus, que apresentaram contestação e reconvenção intempestivas. Inteligência do disposto no art. 584 do Código Civil" (TJSP, Apelação Cível 7276634-2, Acórdão 3590228, São Paulo, 14.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. José Tarcisio Beraldo, j. 25.03.2009, *DJESP* 02.06.2009).

A questão não é pacífica na própria jurisprudência, havendo julgados que reconhecem a possibilidade de indenização pelas benfeitorias necessárias e úteis no comodato (nesse sentido, ver: TJSP, Agravo de Instrumento 7301347-5, Acórdão 3628632, Mogi-Mirim, 20.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Cunha Garcia, j. 09.03.2009, *DJESP* 09.06.2009; TJMG, Apelação Cível 1.0514.07.024211-0/0011, Pitangui, 16.ª Câmara Cível, Rel. Des. Nicolau Masselli, j. 22.04.2009, *DJEMG* 05.06.2009). Filia-se aos últimos julgados, mais condizentes com a proteção do possuidor de boa-fé. Em suma, o art. 1.219 do Código Civil prevalece sobre o art. 584 da mesma codificação, diante da própria principiologia adotada pela norma geral privada.

Por fim, em havendo pluralidade de comodatários haverá responsabilidade solidária entre os mesmos (art. 585 do CC). A hipótese é de solidariedade passiva de origem legal, no que se refere ao conteúdo do contrato. Anote-se que se a coisa se perder por culpa de um dos devedores, todos responderão pelo seu valor, mas pelas perdas e danos somente responde o comodatário culpado (art. 279 do CC).

6.6.3 Do mútuo (arts. 586 a 592 do CC)

O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis, sendo partes do contrato o mutuante (aquele que cede a coisa) e o mutuário (aquele que a recebe). Em regra, trata-se de contrato unilateral e gratuito, exceção feita para o mútuo oneroso. Além disso, o contrato é comutativo, real, temporário e informal. O exemplo típico envolve o empréstimo de dinheiro, uma vez que o mútuo somente terá como objeto bens móveis, pois somente esses podem ser fungíveis (art. 85 do CC).

Como a coisa é transferida a outrem e consumida, sendo devolvida outra de mesmo gênero, qualidade e quantidade, o contrato é *translativo* da propriedade, o que o aproxima da compra e venda somente neste ponto. Por transferir o domínio da coisa emprestada, por conta do mutuário correm todos os riscos da coisa desde a tradição (art. 587 do CC).

Com aplicação direta ao empréstimo de dinheiro, aduz o art. 590 do CC que o mutuante pode exigir do mutuário garantia real ou fidejussória, da restituição da coisa emprestada, se antes do vencimento do contrato o último sofrer notória mudança em sua situação econômica. Não sendo atendido o mutuante, ocorrerá o vencimento antecipado da dívida, segundo aponta a doutrina.[41] Anote-se que o dispositivo relaciona-se ao art. 477 do CC, com redação muito parecida, e que trata

da *exceptio non rite adimpleti contractus*, para os contratos bilaterais.

O mútuo feito a menor de 18 anos, tema clássico do Direito Civil, continua tratado pela atual codificação. Em regra, o mútuo feito a menor sem a autorização do seu representante, ou daquele sob cuja guarda estiver, não poderá ser reavido nem do mutuário, nem de seus fiadores (art. 588 do CC). Trata-se, portanto, de caso de ineficácia do negócio, pois a obrigação é natural ou incompleta: a dívida existe, mas não há a correspondente responsabilidade ("*Schuld* sem *Haftung*").

Ensina Teresa Ancona Lopez, citando Silvio Rodrigues e Washington de Barros Monteiro, que a regra contida no art. 588 do CC "tem sua origem no *senatus consultus macedoniano*, que negava ao credor ação destinada a obter o pagamento de um dinheiro emprestado a um *filius familiae*". Relata a professora da USP que a incapacidade do filho para receber empréstimo surgiu em Roma quando certo menor, filho do Senador Macedo, assassinou o próprio pai, a fim de obter recursos para pagar credores. Desde então, essa proibição passou a ser a regra, constando ainda em codificações modernas.[42]

No CC/2002, a exemplo do CC/1916, a regra comporta exceções. Prevê o art. 589 do CC atual que não se aplica a regra do artigo anterior nos seguintes casos:

> I – Se a pessoa, de cuja autorização necessitava o mutuário para contrair o empréstimo, ratificá-lo posteriormente.
>
> II – Se o menor, estando ausente essa pessoa, se viu obrigado a contrair empréstimo para os seus alimentos habituais.
>
> III – Se o menor tiver ganhos com o seu trabalho. Mas, em tal caso, a execução do credor não lhe poderá ultrapassar as forças.
>
> IV – Se o empréstimo reverteu em benefício do menor.
>
> V – Se o menor obteve o empréstimo maliciosamente.

Os incisos III, IV e V da norma merecem comentários, sendo os dois últimos novidades da codificação atual. O inciso III visa proteger a dignidade do menor (art. 1.º, III, da CF/1988), mantendo um *piso mínimo de direitos* (*Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*). O inciso IV pretende afastar o enriquecimento sem causa, nos termos do que ordena o art. 884 do CC. Por fim, o inciso V mantém relação direta com a boa-fé objetiva, protegendo a parte que age de acordo com os ditames da ética e da tutela da confiança.

O mútuo oneroso, comum no empréstimo de dinheiro, também denominado *mútuo feneratício*, está tratado pelo art. 591 do CC/2002:

> "Art. 591. Destinando-se o mútuo para fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual".

Pela leitura do dispositivo percebe-se que o mútuo oneroso de dinheiro envolve a cobrança de

juros, que constituem remuneração devida pela utilização de capital alheio (frutos civis ou rendimentos). No que concerne a esse dispositivo, prevê o Enunciado n. 34 do CJF/STJ, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, que "No novo Código Civil, quaisquer contratos de mútuos destinados a fins econômicos presumem-se onerosos (art. 591), ficando a taxa de juros compensatórios limitada ao disposto no art. 406, com capitalização anual". A questão do limite dos juros já foi abordada no Capítulo 3 deste livro.

Repise-se que, para a jurisprudência superior, as entidades bancárias não estão sujeitas à Lei de Usura (Decreto-lei 22.626/1933), norma que ainda veda a cobrança de juros abusivos, além do dobro da taxa legal. Esse entendimento consta da Súmula 596 do STF, confirmada pelo STJ e por Tribunais Inferiores, inclusive nos casos de mútuo oneroso. A tese foi confirmada por julgado publicado no *Informativo* n. *343* do STJ, de 16 de fevereiro de 2008, que afastou a incidência do art. 591 do CC/2002 aos contratos bancários.

Lembre-se, ainda, que o STJ editou duas súmulas a respeito do tema. A primeira, de número 382, enuncia que "A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade". Assim sendo, as entidades bancárias estão permitidas a cobrar as famosas *taxas de mercado*, além do limite estabelecido no art. 591 do CC. Por outro lado, de acordo com a Súmula 379, "Nos contratos bancários não regidos por legislação específica, os juros moratórios poderão ser convencionados até o limite de 1% ao mês". O entendimento da última súmula tem sido aplicado a empréstimo de dinheiro feito por empresas de *factoring*.

Mesmo não concordando com as premissas dos julgamentos, é de se concluir que, para essa mesma jurisprudência, o art. 591 do CC não será aplicado aos contratos bancários, valendo as regras de mercado. Esse é o entendimento que, infelizmente, deve ser considerado como majoritário.

Encerrando o estudo do mútuo, o art. 592 do CC trata dos prazos do contrato caso não haja previsão no instrumento, nos seguintes termos:

- Nos casos de mútuo de produtos agrícolas, tanto para consumo quanto para a semeadura, presume-se o prazo até a próxima colheita.
- Nos casos de empréstimo de dinheiro, o prazo será de trinta dias, contados da sua celebração.
- Para os demais casos envolvendo coisa fungível, presume-se o prazo como sendo o que declarar o mutuante de qualquer forma. Esse prazo será fixado por aquele que emprestou a coisa por meio de interpelação judicial feita pelo mutuário, o que não obsta que o magistrado venha a aumentá-lo se as circunstâncias fáticas trouxerem evidências de que o prazo estabelecido pelo mutuante é insuficiente.[43]

6.7 DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO (ARTS. 593 A 609 DO CC)

6.7.1 Conceito e natureza jurídica

O contrato de prestação de serviços é o negócio jurídico pelo qual alguém – o prestador – compromete-se a realizar uma determinada atividade com conteúdo lícito, no interesse de outrem – o tomador –, mediante certa e determinada remuneração.

Trata-se de um contrato bilateral, pela presença do *sinalagma* obrigacional, eis que as partes são credoras e devedoras entre si. O tomador é ao mesmo tempo credor do serviço e devedor da remuneração. O prestador é credor da remuneração e devedor do serviço. O contrato é oneroso, pois envolve sacrifício patrimonial de ambas as partes, estando presente uma remuneração denominada *preço* ou *salário civil*. Trata-se de contrato consensual, que tem aperfeiçoamento com a mera manifestação de vontade das partes. Constitui um contrato comutativo, pois o tomador e o prestador sabem de antemão quais são as suas prestações, qual o objeto do negócio. Por fim, o contrato é informal ou não solene, não sendo exigida sequer forma escrita para sua formalização, muito menos escritura pública.

Na grande maioria das vezes incide à prestação de serviços a Lei 8.078/1990, sendo certo que o seu art. 3.º enuncia que *serviço de consumo* é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

O art. 593 do CC/2002 consagra a aplicação da codificação somente em relação à prestação de serviço que não esteja sujeita às leis trabalhistas ou à lei especial. Desse modo, pelos exatos termos do que dispõe a codificação privada, havendo elementos da relação de emprego regida pela lei especial, tais como a continuidade, a dependência e a subordinação, merecerão aplicação as normas trabalhistas, particularmente aquelas previstas na CLT.

Na opinião deste autor, o art. 593 do CC não é totalmente excludente, no sentido de não se aplicar as normas previstas nesses estatutos jurídicos, de forma complementar. Em outras palavras, as regras do CC/2002 podem ser perfeitamente aplicáveis à relação de emprego ou de consumo, desde que não entrem em conflito com as normas especiais e os princípios básicos dessas áreas específicas e, ainda, desde que não coloquem o empregado ou o consumidor em situação desprivilegiada, o que é aplicação da *teoria do diálogo das fontes*. Em suma, é perfeitamente possível aplicar, com sentido de complementaridade, o CC/2002 e a CLT, ou o CC/2002 e o CDC a uma determinada prestação de serviço.

Por fim, anote-se que a prestação de serviço não é mais tratada pelo Código Civil como espécie de locação, pois a atual codificação distancia a prestação de serviços da locação de coisas, tratando-a após o contrato de empréstimo (comodato e mútuo). Essa alteração estrutural demonstra uma mudança de paradigma em relação ao anterior enquadramento da matéria, uma vez que a locação de serviços era apontada como espécie do gênero locatício.

6.7.2 Regras da prestação de serviços no CC/2002

De início, o art. 594 do CC veda que o objeto do contrato de prestação de serviços seja ilícito, dispondo: "Toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição". A menção à retribuição demonstra que o contrato é sempre oneroso. Não havendo remuneração, haverá, na verdade, uma doação de serviço.

Em sentido contrário, na VI Jornada de Direito Civil, evento realizado em 2013, aprovou-se o polêmico Enunciado n. 541 do CJF/STJ, in verbis: "O contrato de prestação de serviço pode ser gratuito". As justificativas do enunciado doutrinário citam como defensores da onerosidade Roberto Senise Lisboa, Jones Figueirêdo Alves, Vera Helena Mello Franco e este autor. Por outra via, sustentando ser possível a gratuidade, são invocados César Fiúza e Paulo Lôbo. Com o devido respeito, este autor pensa que a prestação até pode ser gratuita. Todavia, em casos tais, diante da atipicidade da prestação, devem ser aplicadas as regras previstas para a doação e não as relativas à categoria que ora se estuda.

Quanto à ilicitude, essa deve ser analisada em sentido amplo, nos termos dos arts. 186 e 187 do CC. Concretizando, a prestação de serviço não pode trazer contrariedade à função social ou econômica de um determinado instituto jurídico, bem como à boa-fé objetiva ou aos bons costumes, sob pena de nulidade absoluta da previsão (art. 187 c/c o art. 166, II e VI, do CC).

Como destacado, a prestação de serviços é contrato informal e não solene, o que pode ser retirado do seu art. 595, pelo qual, no negócio em questão, quando qualquer das partes não souber ler, nem escrever, o instrumento poderá ser assinado a rogo e subscrito por duas testemunhas. Na verdade, a norma pretende dar uma maior segurança ao negócio celebrado na situação descrita. É pertinente deixar claro que o Código Civil de 2002 diminuiu o número de testemunhas para provar o contrato, que era de quatro, conforme o art. 1.217 do Código anterior.

Quanto ao preço ou salário civil, enuncia o art. 596 do CC que ele sempre deve estar presente, para a própria configuração do contrato. Isso porque, não tendo sido estipulada a remuneração e não havendo acordo entre as partes, a retribuição será fixada por arbitramento, segundo o costume do lugar, o tempo de serviço e sua qualidade. A jurisprudência tem aplicado o dispositivo aos honorários advocatícios (TJMG, Apelação Cível 1.0024.05.625831-2/0011, Belo Horizonte, 15.ª Câmara Cível, Rel. Des. Maurílio Gabriel, j. 22.01.2009, *DJEMG* 10.02.2009). Não se pode falar em prestação de serviços se não houver remuneração, o que é herança da antiga vedação do trabalho escravo.

A análise social da prestação de serviços do mesmo modo pode ser retirada do art. 597 do CC, pois "a retribuição pagar-se-á depois de prestado o serviço, se, por convenção, ou costume, não houver de ser adiantada, ou paga em prestações". Observe-se que o pagamento ao final da prestação é preceito de ordem privada podendo a remuneração ser adiantada, pelo próprio permissivo legal.

Na verdade, o que ditará o conteúdo negocial é a confiança existente entre as partes, a boa-fé.

O CC/2002 continua limitando o prazo da prestação de serviços em quatro anos (art. 598), o que também é consagração da velha regra romana de que o negócio em questão não pode ser perpétuo (*nemo potest locare opus in perpetuum*). A norma tem justificativa social na proibição do trabalho escravo, cabendo a sua transcrição:

> "Art. 598. A prestação de serviço não se poderá convencionar por mais de quatro anos, embora o contrato tenha por causa o pagamento de dívida de quem o presta, ou se destine à execução de certa e determinada obra. Neste caso, decorridos quatro anos, dar-se-á por findo o contrato, ainda que não concluída a obra".

Doutrina e jurisprudência sempre se posicionaram no sentido de que, havendo fixação de prazo superior, o contrato deve ser reputado extinto em relação ao excesso, ocorrendo redução temporal.[44] Diante do princípio da conservação dos contratos, esse entendimento deve ainda ser aplicado, buscando a preservação da autonomia privada.

Há entendimento segundo o qual a norma não se aplica às pessoas jurídicas, eis que a hipótese foge dos fins sociais que justificaram a proibição. Nesse ínterim, vejamos julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo:

> "Prestação de serviços. Cominatória. Indenizatória. Cerceamento de defesa. Ausência. Contrato de prestação de serviços. Desinteresse na renovação. Prazo contratual desobedecido. Artigo 598, do Código Civil. Inaplicabilidade a contratantes pessoas jurídicas. Vigência e validade. Fornecimento de energia elétrica. Obrigação contratual. Multa devida. Procedência mantida. Assistência Judiciária Gratuita. Pessoa jurídica. Filantropia. Assistência social. Benefício concedido. Preliminar rejeitada. Recurso parcialmente provido" (TJSP, Apelação 9081895-20.2006.8.26.0000, Acórdão 5138991, São José dos Campos, 29.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ferraz Felisardo, j. 18.05.2011, *DJESP* 07.06.2011).

Com o devido respeito, não se filia ao posicionamento constante no acórdão, eis que a regra do art. 598 do CC é preceito de ordem pública, não podendo ser contrariado por convenção entre as partes, não importando quem elas sejam.

De toda sorte, reforçando essa corrente a qual não se filia, na *I Jornada de Direito Comercial*, evento promovido pelo Conselho da Justiça Federal em outubro de 2012, aprovou-se enunciado doutrinário segundo o qual nos contratos de prestação de serviços nos quais as partes contratantes forem empresários, e a função econômica do contrato estiver relacionada à exploração de atividade empresarial, as partes poderão pactuar prazo superior aos citados quatro anos. Em suma, a contratação de prazo diverso não constituiria violação à regra do art. 598 do Código Civil (Enunciado n. 32). Nota-se, assim, que a aplicação da norma civil vem sendo colocada em xeque em algumas situações concretas.

Superadas essas regras básicas, insta estudar os preceitos relativos à extinção do contrato em

questão.

De início, a primeira norma que trata da extinção do contrato de prestação de serviço é o art. 599 do CC. Por esse comando legal, sendo o referido negócio celebrado sem prazo, não podendo o elemento temporal ser retirado da sua natureza ou do costume do lugar, poderá qualquer uma das partes, a seu arbítrio e mediante prévio aviso, resolver o contrato.

Desse modo, não havendo prazo especificado, a prestação de serviço deve ser considerada como celebrada por prazo indeterminado. Esclareça-se que não há qualquer conflito em relação ao art. 598 do CC. Desse modo, o prazo máximo a ser estipulado é de quatro anos. Não havendo prazo previsto pelas partes, reputa-se o negócio como de prazo indeterminado, cabendo o citado direito à extinção.

A norma em questão menciona a possibilidade de *resolução*. Todavia, não se trata de resolução propriamente dita, mas de *resilição unilateral*. Isso porque a resolução é uma forma de extinção do contrato em virtude de descumprimento. Contudo, nota-se que o comando legal não trata de descumprimento, mas sim de um direito potestativo que a parte tem em relação à extinção, nos termos do art. 473, *caput*, do Código Civil em vigor. Pode-se falar, ainda, em *denúncia vazia*, de forma unilateral.

Em complemento, o parágrafo único do art. 599 consagra prazos específicos para a denúncia do contrato, ou seja, prazos para o *aviso prévio*, a saber:

– Com antecedência de oito dias, se a retribuição se houver fixado por tempo de um mês, ou mais.

– Com antecipação de quatro dias, se a retribuição se tiver ajustado por semana, ou quinzena.

– De véspera, quando se tenha contratado por menos de sete dias.

O que se nota é que o comando legal traz prazos para o exercício do dever de informar pela parte, um dos deveres anexos ou laterais relacionados à boa-fé objetiva. Aplicam-se tais prazos tanto ao prestador quanto ao tomador de serviços, diante da proporcionalidade das prestações que deve estar presente nas relações contratuais, visando ao seu equilíbrio. Não sendo respeitados os prazos para o aviso prévio, poderá a outra parte pleitear perdas e danos.

Além da prestação de serviço sem prazo, é possível que o contrato tenha um prazo determinado. Nesse caso, o art. 600 do CC preconiza que não se conta no prazo do contrato o tempo em que o prestador de serviço, por culpa sua, deixou de servir. Quanto a esse dispositivo, tem razão Washington de Barros Monteiro quando comenta que "se o prestador deixa de servir por motivo estranho à sua vontade, ou sem culpa, como, por exemplo, enfermidade, convocação para o serviço militar, sorteio como jurado, requisição para trabalhos eleitorais, serviços públicos etc., o respectivo tempo é computado no prazo contratual; mas o tempo em que o prestador deixa de servir

por sua culpa exclusiva, por exemplo, viagem de recreio, ausência deliberada ao trabalho, simulação de doença, não se conta no prazo contratual, que terá, destarte, de ser completado”.[45]

Em complemento, não sendo o prestador de serviço contratado para certo e determinado trabalho, entender-se-á que se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com as suas forças e condições (art. 601 do CC). Não sendo o caso, o contrato deverá ser reputado extinto a partir do momento em que o serviço for prestado a contento. A interpretação do que sejam “forças e condições” não pode perder de vista a dignidade humana, que goza de proteção constitucional (art. 1.º, III, da CF/1988).

Os arts. 602 e 603 do Código Civil trazem regras específicas a respeito da rescisão do contrato de prestação de serviço que merecem destaque:

→ O prestador de serviço contratado por tempo certo ou por obra determinada não pode se ausentar ou se despedir, sem justa causa, antes de preenchido o tempo, ou concluída a obra. Se o prestador se despedir sem justa causa, terá direito à retribuição vencida, mas deverá pagar perdas e danos ao tomador de serviços (art. 602 do CC). O mesmo vale se o prestador for despedido por justa causa.

→ Se o prestador de serviço for despedido sem justa causa, a outra parte será obrigada a pagar-lhe por inteiro a retribuição vencida, e por metade a que lhe tocaria de então até o termo legal do contrato (art. 603 do CC). O valor correspondente à metade da prestação de serviços serve como antecipação das perdas e danos materiais. No tocante aos danos morais, lembre-se que podem ser pleiteados independentemente do que consta do dispositivo, eis que os danos imateriais não admitem qualquer tipo de tarifação ou tabelamento. Na *I Jornada de Direito Comercial* do CJF/STJ, aprovou-se proposta doutrinária segundo a qual nos contratos de prestação de serviços entre empresários, é lícito às partes pactuarem, para a hipótese de denúncia imotivada do contrato, multas superiores àquela prevista no art. 603 do Código Civil (Enunciado n. 33). De toda sorte, se a multa for exagerada, na opinião deste autor, caberá a redução preconizada pelo art. 413 do CC/2002.

Na linha do enunciado aprovado, onde se lê nos dispositivos *justa causa*, pode-se entender denúncia motivada. A expressão atual constitui uma cláusula geral, a ser preen chida caso a caso pelo aplicador do direito. Ilustrando a aplicação do último dispositivo, colaciona-se julgado paulista que subsumiu o comando a prestação de serviços de paisagismo:

> “Ação de prestação de serviços de manutenção de paisagismo. Rescisão unilateral pelo contratante após prorrogação por período determinado. Condenação do contratante ao pagamento de metade da remuneração do período de junho a dezembro de 2005. Aplicação do artigo 603 do novo Código Civil. Sentença mantida. Recurso não provido” (TJSP, Apelação Cível 992.07.031763-0, Acórdão 4405716, São Paulo, 33.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Eros Piceli, j. 29.03.2010, *DJESP* 23.04.2010).

Ainda sobre a extinção da prestação de serviços, findo o negócio pelo seu termo final, o prestador de serviço tem o direito de exigir da outra parte a declaração de que o contrato está extinto. Igual direito lhe cabe se for despedido sem justa causa, ou se tiver havido motivo justo para deixar o serviço (art. 604 do CC). O dispositivo está sintonizado com o direito à informação, anexo à boa-fé objetiva.

O art. 605 do Código Civil em vigor determina que o tomador, ou aquele a quem os serviços são prestados, não poderá transferir a outrem o direito aos serviços ajustados. Por outra via, o prestador de serviços, sem a concordância da outra parte, não poderá substituir-se para a atuação contratada. O dispositivo veda a cessão de contrato, sem que haja autorização para tanto, uma vez que a prestação de serviços é personalíssima *(intuitu personae)*.

Caso o serviço seja prestado por quem não possui título de habilitação, ou por quem não satisfaça outros requisitos estabelecidos em lei, não poderá quem os prestou cobrar a retribuição normalmente correspondente ao trabalho executado. Mas se do negócio assim celebrado resultar benefício para a outra parte, o juiz atribuirá a quem o prestou uma compensação razoável, desde que tenha agido com boa-fé (art. 606 do CC). A primeira parte do comando legal veda o enriquecimento sem causa, uma vez que a pessoa que não tem a habilidade exigida não terá direito à remuneração que caberia a um perito. Por outro lado, se a pessoa prestou o serviço a contento, e de boa-fé, caberá ao juiz, por equidade, fixar uma remuneração dentro dos limites do razoável. Essa segunda parte do dispositivo valoriza a boa-fé objetiva.

Ainda no que interessa a essa situação, o parágrafo único do art. 606 determina que não se aplica essa segunda parte do dispositivo na hipótese em que a proibição da prestação de serviço resultar de lei de ordem pública, como é o caso de serviços da área da saúde (médicos, dentistas, enfermeiros, auxiliares de enfermagem, entre outros). Não há dúvidas de que a norma em questão tem um sentido ético muito importante, pois veda o exercício irregular de profissão.[46]

Foi esclarecido que a prestação de serviços é um negócio jurídico personalíssimo. Sendo assim, o contrato de prestação de serviço encerra-se com a morte de qualquer uma das partes (art. 607 do CC). O mesmo dispositivo prevê que a prestação de serviços termina, ainda:

– pelo escoamento do prazo;

– pela conclusão da obra;

– pela rescisão do contrato mediante aviso prévio;

– por inadimplemento de qualquer das partes; ou

– pela impossibilidade da continuação do contrato, motivada por força maior.

Enuncia o art. 608 do CC em vigor que: “Aquele que aliciar pessoas obrigadas em contrato escrito a prestar serviço a outrem pagará a este a importância que ao prestador de serviço, pelo ajuste desfeito, houvesse de caber durante dois anos”. Esse dispositivo merece comentários importantes em virtude da relação indeclinável que guarda com os princípios sociais contratuais.

De início, o comando legal traz aquilo que se denomina *tutela externa do crédito*, reconhecida pelo Enunciado n. 21 do CJF/STJ como conceito relacionado com a função social do contrato. Pela *tutela externa do crédito* é possível responsabilizar um terceiro que desrespeita o contrato, que

despreza a sua existência e a sua importante função social. O art. 608 do CC traz a prefixação da indenização pelos danos materiais, devida pelo terceiro à parte contratante. Relativamente aos danos morais, ressalte-se que não podem ser tarifados, diante do princípio da especialidade, segundo parte da isonomia constitucional e da *reparação integral dos danos*.

A relação do art. 608 do CC com a boa-fé objetiva também é flagrante, uma vez que o aliciador desrespeita esse princípio ao intervir no contrato mantido entre outras duas partes. Age, portanto, com abuso de direito, em sede de autonomia privada, sendo a sua responsabilidade de natureza objetiva.

A inovação do dispositivo é notável, pois o seu correspondente no CC/1916, o art. 1.235 previa: "Aquele que aliciar pessoas obrigadas a outrem por locação de serviços agrícolas, haja ou não instrumento deste contrato, pagará em dobro ao locatário prejudicado a importância, que ao locador, pelo ajuste desfeito, houvesse de caber durante 4 (quatro) anos". A aplicação anterior era restrita aos contratos agrários de locação de serviços agrícolas. Agora não mais, tendo incidência em qualquer contrato de prestação de serviços, o que pode até abranger os contratos desportivos, celebrados com técnicos e jogadores de futebol.

Ademais, a aplicação direta desse novel comando legal pode ocorrer no famoso e notório caso do cantor Zeca Pagodinho, que foi aliciado por uma cervejaria enquanto mantinha contrato de publicidade com outra. A empresa aliciadora respondera perante a parte contratual por desprezar a existência do contrato (*função externa da função social dos contratos*). Esse exemplo é meramente didático, pronunciado para fins de magistério, para a compreensão da matéria. Não se pretende, assim, dar pareceres sobre o caso, que ainda corre perante o Poder Judiciário.

Vale lembrar e aprofundar, a propósito, que a Quinta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo julgou a situação descrita na Apelação 9112793-79.2007.8.26.000, conforme acórdão proferido em 12 de junho de 2013 e relatado pelo Desembargador Mônaco da Silva. Frise-se que o julgado está fundamentado na função social do contrato e no art. 209 da Lei 9.279/1996, que trata da concorrência desleal, e não no art. 608 do CC/2002. Essa não fundamentação, na opinião deste autor, não prejudica o seu conteúdo.

Conforme se extrai do voto prevalecente, "assim, resta evidente que a requerida, ao aliciar o cantor ainda na vigência do contrato e veicular a campanha publicitária com referência direta à campanha produzida anteriormente pela autora, causou-lhe prejuízos, porque, por óbvio, foram inutilizados todos os materiais já produzidos pela requerente com tal campanha e perdidos eventuais espaços publicitários já adquiridos e não utilizados. O art. 421 do Código Civil prevê o princípio da função social do contrato ao prescrever que 'A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato'. Ora, tal princípio não observado pela requerida ao aliciar o cantor contratado pela requerente e ao se comprometer a pagar eventual indenização que Zeca Pagodinho viesse a ser condenado. Ademais, a cooptação exercida pela ré constituiu patente ato de

concorrência desleal, vedada pelo direito pátrio, o que impõe a sua responsabilidade pelos danos causados à autora".

Complemente-se que a *decisio* revê o entendimento da sentença de primeiro grau, que afastava o direito de indenização por não existir qualquer relação contratual direta entre as cervejarias. De fato, o julgamento monocrático deveria ser mesmo afastado, por revelar completo desconhecimento quanto à amplitude do princípio da função social do contrato, especialmente em relação à sua eficácia externa.

Encerrando o tratamento da prestação de serviços, preconiza o art. 609 do CC que a alienação do prédio agrícola, onde a prestação dos serviços se opera, não importa a rescisão do contrato, ressalvando-se ao prestador de serviço a opção entre continuá-lo com o adquirente da propriedade ou com o primitivo contratante. Com precisão, Marco Aurélio Bezerra de Melo aponta que o dispositivo consagra uma exceção ao princípio da relatividade dos efeitos contratuais "ao gerar uma obrigação com eficácia real para o adquirente do prédio agrícola caso o prestador de serviços rurais queira continuar executando a sua atividade no imóvel alienado. Registre-se que a lei defere ao prestador de serviços direito potestativo de optar entre continuar com o contrato anterior ou permanecer com seu trabalho no prédio agrícola".[47]

6.8 DA EMPREITADA (ARTS. 610 A 626 DO CC)

6.8.1 Conceito e natureza jurídica

O contrato de empreitada sempre foi visualizado como sendo uma forma especial ou espécie de prestação de serviço.[48] Por meio desse negócio jurídico, uma das partes – empreiteiro ou prestador – obriga-se a fazer ou a mandar fazer determinada obra, mediante uma determinada remuneração, a favor de outrem – dono de obra ou tomador. Mesmo sendo espécie de prestação de serviço, com esse contrato a empreitada não se confunde, principalmente no tocante aos seus efeitos, conforme poderá ser percebido a partir de então.

A partir do que há de melhor na doutrina, três são as modalidades de empreitada, retiradas do art. 610 do CC:[49]

> a) *Empreitada sob administração*: é aquela em que o empreiteiro apenas administra as pessoas contratadas pelo dono da obra, que também fornece os materiais.
>
> b) *Empreitada de mão de obra* ou *de lavor*: é aquela em que o empreiteiro fornece a mão de obra, contratando as pessoas que irão executar a obra. Os materiais, contudo, são fornecidos pelo dono da obra.
>
> c) *Empreitada mista* ou *de lavor e materiais*: é aquela em que o empreiteiro fornece tanto a mão de obra quanto os

materiais, comprometendo-se a executar a obra inteira. Nesse caso, o empreiteiro assume *obrigação de resultado* perante o dono da obra. Conforme § 1.º do art. 610 do CC, a obrigação de fornecer materiais não pode ser presumida, resultando da lei ou da vontade das partes.

A respeito da natureza jurídica do negócio em questão, trata-se de um contrato bilateral (*sinalagmático*), oneroso, comutativo, consensual e informal. Como se nota, as características são as mesmas da prestação de serviço, diante da grande similaridade entre os dois negócios jurídicos.

Não se pode confundir o contrato de empreitada com o de elaboração de um simples projeto de obra, assumido por um engenheiro ou arquiteto. Nesse sentido, dispõe o § 2.º do art. 610 do CC que o contrato para elaboração de um projeto não implica a obrigação de executá-lo, ou de fiscalizar-lhe a execução. Na prática, portanto, a pessoa que elabora o projeto não é a mesma que desenvolve ou "toca a obra", em regra. Isso reforça a tese de que a própria empreitada não pode ser presumida. Nas hipóteses em que um profissional executa esse projeto, haverá uma prestação de serviço, que pode ou não ser caracterizada como relação de consumo ou relação de emprego.

Superada essa análise preliminar, passa-se ao estudo específico das regras relacionadas com a empreitada constantes do CC/2002. Antes, apenas esclareça-se que, na *I Jornada de Direito Comercial*, evento promovido pelo Conselho da Justiça Federal no ano de 2012, aprovou-se proposta segundo a qual com exceção da garantia contida no art. 618 do Código Civil, os demais artigos aplicáveis especialmente ao contrato de empreitada aplicar-se-ão somente de forma subsidiária às condições contratuais acordadas pelas partes de contratos complexos de engenharia e construção (Enunciado n. 34). Tais contratos são estudados pela disciplina Direito Comercial ou Empresarial.

6.8.2 Regras da empreitada no CC/2002

Expressa o art. 611 do CC/2002 que, na hipótese de o empreiteiro fornecer os materiais, correrão por sua conta os riscos até o momento da entrega da obra, a contento de quem a encomendou, se este não estiver em mora de receber. Mas se o dono da obra estiver em atraso no recebimento, por sua conta correrão os riscos. Complementando, enuncia o art. 612 do Código Civil que se o empreiteiro só forneceu mão de obra, todos os riscos em que não tiver culpa correrão por conta do dono.

Pela *soma* dos dois artigos, nota-se que a obrigação do empreiteiro é de resultado quando a empreitada for mista. Por outro lado, sendo a empreitada de lavor, a obrigação do empreiteiro será de meio ou de diligência. Isso faz com que a responsabilidade do empreiteiro, em face do dono da obra, seja objetiva, na empreitada mista; e subjetiva, ou dependente de culpa, na empreitada de mão de obra.

Na verdade, a responsabilidade do empreiteiro em face do dono da obra já é objetiva pelo que consta do Código de Defesa do Consumidor, que trata da responsabilidade pelo vício e pelo fato do produto e do serviço, nos seus arts. 18 e 14. Para a subsunção dessas regras, porém, é preciso estar configurada a relação de consumo, ou seja, que o empreiteiro seja profissional na sua atividade e o dono da obra destinatário final do serviço (ver: STJ, REsp 706.417/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 13.02.2007, *DJ* 12.03.2007, p. 221).

Na ótica do CDC, se o serviço for prestado por um profissional liberal, a sua responsabilidade é subjetiva no caso de fato do serviço (art. 14, § 4.º, do CDC). Mas, exceção deve ser feita se o empreiteiro assumiu obrigação de resultado, sendo a empreitada mista. Essas conclusões foram retiradas da aplicação da tese do *diálogo das fontes* e da incidência da norma consumerista. A jurisprudência paulista já aplicou tais premissas, citando a aclamada teoria:

> "Responsabilidade civil. Defeito em construção. Contrato de empreitada mista. Responsabilidade objetiva do empreiteiro. Análise conjunta do CC e CDC. Diálogo das fontes. Sentença mantida. Recurso improvido" (TJSP, Apelação com Revisão 281.083.4/3, Acórdão 3196517, Bauru, 8.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Caetano Lagrasta, j. 21.08.2008, *DJESP* 09.09.2008).

Em complemento, ainda no que concerne às regras específicas da responsabilidade do empreiteiro em relação ao dono da obra, dispõe o art. 617 do Código Civil em vigor que o empreiteiro é obrigado a pagar os materiais que recebeu, se por imperícia ou negligência os inutilizou. O dispositivo traz hipótese de responsabilização mediante culpa, pela menção à imperícia e à negligência (responsabilidade subjetiva).

Também a respeito da responsabilidade do empreiteiro, sendo a empreitada unicamente de lavor, se a coisa perecer antes de ser entregue, sem mora do dono nem culpa do empreiteiro, este perderá a retribuição a que tem direito. No entanto, se o empreiteiro provar que a perda resultou de defeito dos materiais e que em tempo reclamou contra a sua quantidade ou qualidade, não perderá a retribuição (art. 613 do CC).

Uma regra que sempre é comentada quanto à responsabilidade do empreiteiro em relação ao dono da obra é a constante do art. 618 do atual Código Civil, a saber:

> "Art. 618. Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante o prazo irredutível de cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo. Parágrafo único. Decairá do direito assegurado neste artigo o dono da obra que não propuser a ação contra o empreiteiro, nos cento e oitenta dias seguintes ao aparecimento do vício ou defeito".

O dispositivo consagra dois prazos diferentes. No *caput* está previsto um prazo de garantia legal, específico para os casos de empreitada, a ser respeitado pelo empreiteiro. O prazo de cinco

anos refere-se à estrutura do prédio, à sua solidez e à segurança do trabalho (prazo decadencial).

Em relação ao parágrafo único, filia-se à corrente que aponta que o prazo específico para a resolução (redibição) do negócio celebrado é de 180 dias, contados do aparecimento do problema, desde que o direito esteja fundado na presença do vício mencionado no *caput*, ou seja, um problema estrutural do prédio. Esse prazo é também decadencial, pois a ação redibitória é essencialmente constitutiva negativa.

Por outra via, para que o dono da obra pleiteie perdas e danos em decorrência de alguma conduta lesiva provocada pelo empreiteiro, deve ser aplicado o art. 206, § 3.º, V, do CC (prazo prescricional de 3 anos) ou mesmo o art. 27 do CDC (prazo prescricional de 5 anos), havendo relação jurídica de consumo. Esse é o teor do Enunciado n. 181 do CJF/STJ, aprovado na *III Jornada de Direito Civil*: "O prazo referido no art. 618, parágrafo único, do CC refere-se unicamente à garantia prevista no *caput*, sem prejuízo de poder o dono da obra, com base no mau cumprimento do contrato de empreitada, demandar perdas e danos". Na opinião do presente autor, deve não deixar como esta superada a Súmula n. 194 do STJ, de 1997, que consagrava um prazo prescricional de 20 anos para se obter, do construtor, indenização por defeitos da obra.

Superada essa questão, concluída a obra de acordo com o ajuste, ou o costume do lugar, o dono é obrigado a recebê-la. Essa é a regra constante do art. 615 do Código Civil em vigor que prevê que o dono da obra poderá rejeitá-la, se o empreiteiro se afastou das instruções recebidas e dos planos dados, ou das regras técnicas em trabalhos de tal natureza. Nesses casos incidem as regras previstas para o inadimplemento da obrigação e da responsabilidade civil contratual (arts. 389 a 391 do CC).

Eventualmente, poderá o dono da obra requerer abatimento proporcional no preço, caso o serviço não tenha sido prestado a contento pelo empreiteiro (art. 616 do CC). A norma tem relação direta com a vedação do enriquecimento sem causa (art. 884 do CC). Aplicando-a, pode ser transcrito o seguinte julgado do Tribunal do Paraná:

> "Apelação cível. Cobrança de contrato de empreitada. As provas juntadas aos autos foram devidamente analisadas e valoradas pelo juiz sentenciante. Obra com defeitos na estrutura e no acabamento, responsabilidade do apelante pela má execução da obra. Abatimento no preço. Incidência do art. 616, do Código Civil. Recurso desprovido. Sentença mantida" (TJPR, Apelação Cível 0483253-5, Curitiba, 7.ª Câmara Cível, Rel. Juiz Convocado Francisco Luiz Macedo Junior, *DJPR* 25.07.2008, p. 60).

Relativamente ao pagamento da remuneração, melhor denominado como *preço*, expressa o art. 614 que "se a obra constar de partes distintas, ou for de natureza das que se determinam por medida, o empreiteiro terá direito a que também se verifique por medida, ou segundo as partes em que se dividir, podendo exigir o pagamento na proporção da obra executada". Essa é a empreitada por medida (*ad mensuram*) ou *marché sur devis*, em que a execução do serviço é pactuada pelo empreiteiro e pelo dono da obra em partes.

O preço da empreitada pode ser ainda estipulado para a obra inteira, ou seja, por *preço global*, não se levando em conta o fracionamento da atividade desenvolvida pelo empreiteiro ou o resultado da mesma. Em casos tais, está presente a empreitada *marché à forfait*.

Os dois parágrafos do art. 614 complementam o tratamento da matéria. O § 1.º enuncia que tudo o que se pagou presume-se verificado. De acordo com o § 2.º, o que se mediu presume-se verificado se, em trinta dias, a contar da medição, não forem denunciados os vícios ou defeitos pelo dono da obra ou por quem estiver incumbido da sua fiscalização. As presunções são relativas (*iuris tantum*), admitindo prova ou mesmo previsão em contrário.

O art. 619 do Código Civil em vigor trata da *empreitada com preço fixo absoluto* e da *empreitada com preço fixo relativo*.[50] Enuncia esse comando legal que, salvo estipulação em contrário, o empreiteiro que se incumbir de executar uma obra, segundo plano aceito por quem a encomendou, não terá direito a exigir acréscimo no preço (*empreitada com preço fixo absoluto*). Isso, mesmo que sejam introduzidas modificações no projeto, a não ser que estas resultem de instruções escritas do dono da obra (*empreitada com preço fixo relativo*). Aplicando a ideia de preço fixo absoluto em uma relação de consumo, cumpre transcrever:

> "Apelação cível. Ação de indenização. Danos materiais. Contrato de empreitada. Inexecução contratual. Dever de reparar os danos. Alteração do preço. Inadmissibilidade. Rescisão do contrato. Prova da inadimplência. Ônus da prova. Obriga-se a empreiteira, contratada por preço certo e que assumiu o custeio da mão de obra e do material de construção, a entregar a obra nos termos ajustados. Cabe à construtora realizar previsão de custo utilizando os seus conhecimentos específicos da área, bem como da prática no mercado, para dar segurança ao consumidor acerca das despesas demandadas, sendo vedada a alteração ulterior do preço sob o fundamento de necessidade de acréscimo à obra ou aumento do custo do material ou da mão de obra, pois essas oscilações devem ser ponderadas pela empreiteira no momento da formação do ajuste. Entendimento que decorre do art. 619 do Código Civil em vigor. Incumbe à empreiteira o ônus de comprovar o inadimplemento do contratante, como motivo justificador de sua negativa em concluir a obra. Demonstrado o ilícito contratual, o dano e o nexo de causalidade, cabe o dever de indenizar, podendo ser diferido para cálculo em liquidação por artigos o valor da prestação devida para compensar o autor pelo pagamento total da obra que foi realizada apenas em parte" (TJMG, Acórdão 1.0024.05.694640-3/001, Belo Horizonte, 14.ª Câmara Cível, Rel.ª Des.ª Heloisa Combat, j. 18.08.2006, *DJMG* 11.10.2006).

Eventualmente, ainda que não tenha havido autorização escrita, o dono da obra é obrigado a pagar ao empreiteiro todos os aumentos e acréscimos da obra, segundo o que for arbitrado, se, sempre presente à obra, por continuadas visitas, não podia ignorar o que se estava passando, e nunca protestou (parágrafo único do art. 619 do CC). O objetivo da norma é o de evitar a onerosidade excessiva, por meio da revisão contratual, o que representa aplicação da *teoria da quebra da base objetiva do negócio jurídico*, de Karl Larenz.

O último dispositivo não trata da cláusula *rebus sic stantibus* ou da teoria da imprevisão, a justificar a revisão do contrato. Isso porque o comando legal não faz menção a eventos imprevisíveis ou extraordinários a motivar a dita revisão. Em suma, o art. 619, parágrafo único, do CC está mais

próximo do art. 6.º, V, do CDC do que dos arts. 317 e 478 do próprio CC.

Caso ocorra uma diminuição no preço do material ou da mão de obra superior a um décimo do preço global convencionado, poderá este ser revisto, a pedido do dono da obra, para que se lhe assegure a diferença apurada (art. 620 do CC). Trata-se de importante inovação, mais uma vez visando equilibrar o negócio jurídico celebrado, mantendo a sua base estrutural, o *sinalagma obrigacional*.

Diante da boa-fé objetiva, sem a anuência de seu autor, não pode o proprietário da obra introduzir modificações no projeto por ele aprovado, ainda que a execução seja confiada a terceiros. Exceção é feita diante da função social dos contratos e das obrigações, quando, por motivos supervenientes ou razões de ordem técnica, ficar comprovada a inconveniência ou a excessiva onerosidade de execução do projeto em sua forma originária (art. 621 do CC). Em complemento, o parágrafo único do comando aduz que a proibição de modificações no projeto aprovado não abrange as alterações de pouca monta, ressalvada sempre a unidade estética da obra projetada. Para a conclusão do que seja *alteração de pouca monta* deve-se analisar caso a caso.

Como é notório, a execução da obra poderá ser transferida a terceiro. Isso ocorre, por exemplo, na empreitada de mão de obra ou de lavor, sendo denominada *subempreitada*, que pode ocorrer de forma total ou parcial. Porém, sendo a execução da obra confiada a terceiros, a responsabilidade do autor do projeto respectivo, desde que não assuma a direção ou fiscalização da obra, ficará limitada ao prazo de garantia de cinco anos pela solidez da obra (art. 622 do CC).

Mesmo após iniciada a construção, poderá o dono da obra suspendê-la, desde que pague ao empreiteiro as despesas e os lucros relativos aos serviços já feitos, mais o pagamento de uma indenização razoável, calculada em função do que ele teria ganho, se concluída a obra (art. 623 do CC). Esse dispositivo legal trata da *execução frustrada da obra por decisão do seu dono*, cumprindo-lhe indenizar o empreiteiro das despesas que teve, dos lucros relativos ao serviço executado e dos lucros cessantes em face da não conclusão da obra.

Dispõe o art. 624 do atual Código que, suspensa a execução da empreitada sem justa causa, responde o empreiteiro por perdas e danos. O dispositivo tem grande aplicação prática, eis que a situação é corriqueira no Brasil. Na verdade, conforme destaca Jones Figueirêdo Alves, a solução final não é a suspensão do contrato, mas a sua extinção por inadimplemento (resolução com perdas e danos).[51]

A suspensão da obra está autorizada no art. 625 do CC, nas seguintes hipóteses:

- Por culpa do dono, ou por motivo de força maior.
- Quando, no decorrer dos serviços, se manifestarem *dificuldades imprevisíveis* de execução, resultantes de causas geológicas ou hídricas, ou outras semelhantes, de modo que torne a empreitada excessivamente onerosa, e o dono da obra se opuser ao reajuste do preço inerente ao projeto por ele elaborado.

- Se as modificações exigidas pelo dono da obra, por seu vulto e natureza, forem desproporcionais ao projeto aprovado, ainda qu o dono se disponha a arcar com o acréscimo de preço.

Encerrando o estudo da matéria, destaque-se que, ao contrário do que ocorre com a prestação de serviços, o contrato de empreitada, em regra, não é personalíssimo, o que causa estranheza. Dispõe o art. 626 do CC que o contrato de empreitada não será extinto por morte de qualquer das partes, salvo se isso for ajustado, em consideração às qualidades pessoais do empreiteiro. A exceção é feita justamente para o caso de constar do contrato que o negócio é *intuitu personae*, ou seja, personalíssimo em relação ao empreiteiro. A estranheza é causada pelo fato de ser a prestação de serviço, gênero da empreitada, um contrato personalíssimo, sendo extinto pela morte de qualquer das partes (art. 607 do CC). Ora, a mesma solução deveria ocorrer na empreitada, que é espécie daquele contrato. Pela solução dada pelo art. 626 do CC, a presunção é que o filho do empreiteiro também se dedica à mesma atividade de seu pai, uma vez que, em caso de falecimento do último, deverá seguir a obra.

6.9 DO DEPÓSITO (ARTS. 627 A 652 DO CC)

6.9.1 Conceito e natureza jurídica

Pelo contrato de depósito, o depositário recebe um objeto móvel e corpóreo, para guardar, até que o depositante o reclame. De acordo com a manifestação da vontade, o depósito pode ser classificado em *voluntário* ou *necessário* (ou obrigatório), subdividindo-se este último em *legal* e *miserável*. O esquema a seguir demonstra o tratamento dado pela lei ao contrato em questão:

<table>
<tr><td rowspan="3">Depósito</td><td colspan="2">Voluntário (resulta da vontade das partes)</td></tr>
<tr><td rowspan="2">Necessário (ou obrigatório)</td><td>Legal (resulta da lei)</td></tr>
<tr><td>Miserável (calamidade pública)</td></tr>
</table>

Em relação ao objeto, o depósito também pode ser classificado em *regular*, quando se tratar de coisa infungível; e *irregular*, quando se tratar de coisa fungível:

<table>
<tr><td rowspan="2">Depósito</td><td>Regular</td><td>Coisa infungível</td></tr>
<tr><td>Irregular</td><td>Coisa fungível</td></tr>
</table>

O depósito é um contrato, em regra, unilateral e gratuito (art. 628 do CC). Entretanto, é possível

o depósito bilateral e oneroso, diante de convenção das partes, atividade ou profissão do depositário. Há depósito oneroso naqueles contratos de guarda em cofres prestados por instituições bancárias, negócios esses que podem ser configurados como contratos de consumo, aplicando-lhes o CDC (nesse sentido, ver: TJSP, Apelação 7132284-2, Acórdão 2615160, São Paulo, 21.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Richard Paulo Pae Kim, j. 15.05.2008, *DJESP* 02.06.2008).

No último caso, anote-se que as empresas financeiras têm o costume de denominar o contrato como sendo de locação, com o intuito de excluir sua responsabilidade, o que não pode prevalecer. Na linha de incidência da Norma Consumerista, os Tribunais entendem que é nula qualquer cláusula que limita ou afasta a responsabilidade da instituição bancária, aplicação direta dos arts. 25 e 51, I, do Código de Defesa do Consumidor (STJ, REsp. 1.133.111/PR, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 06.10.2009, *DJE* 05.11.2009 e TJSP, Apelação 7218784-7, Acórdão 3437153, Piracicaba, Vigésima Primeira Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ademir de Carvalho Benedito, j. 03.12.2008, *DJESP* 05.02.2009).

Ato contínuo, o cliente-consumidor deve apenas fazer a *prova mínima* a respeito do conteúdo do cofre, cabendo a inversão do ônus da prova preconizada pelo art. 6.º, VIII, da Lei 8.078/1990. Em outras palavras, a partir de então o banco é quem deve provar que o conteúdo alegado não está no interior do cofre (nesse sentido: STJ, AgRg-REsp 888.680/DF, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 04.08.2011, *DJE* 15.08.2011 e STJ, REsp 974.994/SP, Terceira Turma, Rel.ª Min. Fátima Nancy Andrighi, j. 05.06.2008, *DJE* 03.11.2008).

Sendo o depósito oneroso ou sinalagmático, não constando da lei ou de convenção o valor da remuneração do depositário, será essa determinada pelos costumes do lugar e, na falta destes, por arbitramento (art. 628, parágrafo único, do CC).

O contrato em questão é comutativo e também personalíssimo (*intuitu personae*), fundado na confiança do depositante em relação ao depositário. Em tom didático, *o depositante deposita confiança no depositário*. É um contrato temporário, que pode ser fixado por prazo determinado ou indeterminado. Constitui contrato real, pois, a exemplo do comodato e do mútuo, tem aperfeiçoamento com a entrega da coisa a ser depositada (tradição).

Restam dúvidas se o contrato é formal ou informal pelo que consta do art. 646 do CC: "o depósito voluntário provar-se-á por escrito". Conclui-se que o contrato é informal e não solene. Isso porque o dispositivo trata da sua prova (*ad probationem*), o que está no plano da eficácia do negócio jurídico, e não no da sua validade.

Apesar da similaridade, o contrato não se confunde com o comodato. No depósito o depositário apenas guarda a coisa, tendo uma *obrigação de custódia*, sem poder usá-la. No comodato, a coisa é utilizada pelo comodatário. Apesar de serem institutos diferentes, ambos os negócios têm características próximas (contratos unilaterais e gratuitos, em regra, reais, temporários, informais ou

não solenes). Não obstante isso, assim como ocorre com o comodato, o depósito tem como objeto coisas não fungíveis, em regra. Porém, repise-se que, quando o depósito tiver como objeto bens fungíveis, será denominado *depósito irregular*, aplicando-se as regras previstas para o mútuo (art. 645 do CC). Superada essa introdução, serão abordadas as regras específicas previstas para o contrato.

6.9.2 Regras quanto ao depósito voluntário ou convencional

O contrato de depósito é um contrato de guarda, sendo o depositário obrigado a ter na guarda e conservação da coisa depositada o cuidado e diligência que costuma ter com o que lhe pertence, bem como a restituí-la, com todos os frutos e acrescidos, quando o exija o depositante (art. 629 do CC).

Justamente por essa natureza do contrato é que a jurisprudência entende, como exposto, que a cláusula de não indenizar não tem validade no contrato de depósito, particularmente no caso de depósito de joias e pedras preciosas em cofre de bancos, diante da citada aplicação do CDC (assim igualmente concluindo: 1.º TACSP, Processo 1224607-6, Apelação, Origem: São Paulo, 5.ª Câmara, j. 10.12.2003, Rel. Álvaro Torres Júnior, Revisor Manoel Mattos, Decisão: deram provimento em parte, v.u.). Repise-se a respeito do conteúdo que estava dentro do cofre que, como há, na grande maioria das vezes, uma relação de consumo, a jurisprudência tem entendido que esse ônus cabe à instituição depositária, o que é aplicação da inversão do ônus da prova constante do art. 6.º, VIII, da Lei 8.078/1990 (1.º TACSP, Processo 1150219-7/02, Recurso: Embargos Infringentes, Origem: São Paulo, 5.ª Câmara, j. 03.09.2003, Rel. Álvaro Torres Júnior, Revisor: Manoel Mattos. Apelação 1.150.219-7, no mesmo sentido).

Se o depósito se entregou fechado, colado, selado, ou lacrado, nesse mesmo estado se manterá, devendo ser respeitado o seu sigilo (art. 630 do CC). Relembre-se a proteção do sigilo como um direito da personalidade e fundamental, sendo a vida privada da pessoa natural inviolável (art. 21 do CC e art. 5.º, X, da CF/1988). Sendo descumprido esse dever por parte do depositário, o depositante poderá ingressar com ação de rescisão do contrato por resolução (inexecução voluntária), sem prejuízo da indenização cabível.

Seguindo no estudo do contrato, estatui o art. 631 do CC que, “salvo disposição em contrário, a restituição da coisa deve dar-se no lugar em que tiver de ser guardada. As despesas de restituição correm por conta do depositante”. A norma não é cogente, mas dispositiva, podendo as partes dispor em contrário em relação ao local de entrega, o que é comum na prática.

Se a coisa houver sido depositada no interesse de terceiro, e o depositário tiver sido cientificado deste fato pelo depositante, não poderá o depositário exonerar-se, restituindo a coisa ao depositante, sem consentimento do terceiro (art. 632 do CC). O dispositivo constitui mais uma exceção ao princípio da relatividade dos efeitos contratuais, aproximando-se da estipulação em

favor de terceiro (arts. 436 a 438 do CC). Desse modo, se o terceiro não foi cientificado, terá direito a ser indenizado.

Ainda que o contrato fixe prazo para a restituição, o depositário entregará a coisa depositada assim que a mesma seja exigida pelo depositante (art. 633 do CC), exceção feita aos seguintes casos:

- Se tiver o direito de retenção a que se refere o art. 644 do CC em vigor, em relação a despesas e prejuízos do depósito.
- Se o objeto for judicialmente embargado.
- Se sobre ele pender execução, notificada ao depositário.
- Se houver motivo razoável de suspeitar que a coisa foi dolosamente obtida. Havendo essa suspeita, desde que exposto o seu fundamento, o depositário requererá que se recolha a coisa ao Depósito Público, mediante pedido judicial (art. 634 do CC).

Salvo os casos listados, o depositário não poderá furtar-se à restituição do depósito, alegando não pertencer a coisa ao depositante ou sustentando haver a possibilidade de compensação, diante da existência de dívidas recíprocas. Isso, exceto se o depósito tiver origem em outro contrato de depósito estabelecido entre as partes (art. 638 do CC).

O art. 635 do CC faculta ao depositário converter o depósito convencional em judicial na hipótese em que, por motivo plausível, não puder guardar a coisa e o depositante não quiser recebê-la. Para esse caso de conversão, podem ser aplicadas as regras previstas tanto no CC/2002 (arts. 334 a 345) quanto no CPC (arts. 890 a 900) para a consignação.

O depositário que, por caso fortuito (evento imprevisível) ou força maior (evento previsível, mas inevitável), houver perdido a coisa depositada e recebido outra em seu lugar, é obrigado a entregar a segunda ao depositante. Além disso, o depositário deverá ceder ao depositante as ações que no caso tiver contra o terceiro responsável pela restituição da primeira (art. 636 do CC). Em outras palavras, deverá ser restituída a coisa sub-rogada, que substituiu a primeira, caso de sub-rogação real e legal. Isso, sem prejuízo da indenização que couber diante da referida substituição.

Como outrora apontado, o contrato de depósito é personalíssimo, sendo extinto com a morte do depositário. Com a extinção do contrato por cessação, resta aos herdeiros do depositário a obrigação de devolver a coisa. No entanto, quanto ao herdeiro do depositário que de boa-fé vendeu a coisa depositada, este será obrigado a *assistir* o depositante na reivindicação, e a restituir ao comprador o preço recebido (art. 637 do CC). Quando se utiliza o termo *assistir*, está se referindo à assistência processual, prevista entre os arts. 50 a 55 do CPC.

O CC/2002 reconhece ainda a possibilidade de depósito voluntário conjunto, constando dois ou mais depositantes (art. 639). Sendo divisível a coisa, no ato da sua devolução, o depositário entregará a cada um dos depositantes a respectiva parte, salvo se houver entre eles solidariedade estabelecida por força de contrato (solidariedade ativa convencional). A presunção relativa é de divisão igualitária dos quinhões, aplicando-se a máxima *concursu partes fiunt* (art. 257 do CC).

O contrato de depósito, ao contrário do contrato de comodato, não traz a possibilidade de uso da coisa. Trata-se de mero contrato de guarda, conforme mencionado anteriormente. Justamente por isso, é motivo para a rescisão do contrato (resolução com perdas e danos) o fato de o depositário servir-se da coisa depositada ou alienar a coisa a outrem sem a expressa autorização do depositante (art. 640 do CC). Com essa conduta, o depositário quebra com a finalidade social do contrato, o que motiva a sua rescisão.

Mas como exceção, havendo a autorização para uso da coisa, se o depositário, devidamente autorizado, confiar a coisa em depósito a terceiro, será responsável se tiver agido com culpa na escolha deste (art. 640, parágrafo único, do CC). Sem prejuízo dessa regra, entende-se que o depositário responde objetivamente, independentemente de culpa, perante o depositante, desde que comprovada a culpa do seu preposto, aplicando-se os arts. 932, III, e 933 do CC. A aplicação é por analogia, pois esses dispositivos tratam da responsabilidade extracontratual, sendo o caso, ao contrário, de responsabilidade contratual.

Se, por algum motivo, o depositário se tornar absoluta ou relativamente incapaz (*incapacidade superveniente*), a pessoa que lhe assumir a administração dos bens diligenciará imediatamente para restituir a coisa depositada (art. 641 do CC). Em outras palavras, a hipótese legal é de rescisão do contrato por inexecução involuntária (resolução sem perdas e danos). Não querendo ou não podendo o depositante recebê-la, recolherá a coisa ao Depósito Público ou promoverá nomeação de outro depositário. Mais uma vez, o pedido de depósito é judicial, aplicando-se as regras da consignação em pagamento.

Por uma razão lógica, em regra, o depositário não responde por caso fortuito ou força maior (art. 642 do CC). Mas, para que lhe valham essas excludentes de responsabilidade, terá de prová-las. Ilustrando, se o depositário de um veículo alegar que esse foi destruído por forte tempestade, tendo tomado todas as medidas para evitar o evento, deverá prová-lo, sob pena de responsabilidade civil.

Por fim, a respeito dos efeitos do depósito voluntário, mesmo sendo o contrato gratuito, em regra, o depositante é obrigado a pagar ao depositário as despesas feitas com a coisa, e os prejuízos que do depósito provierem. Não ocorrendo esse pagamento, o depositário poderá reter o depósito (direito de retenção) até que se lhe pague a retribuição devida, o líquido valor das despesas ou de eventuais prejuízos, desde que devidamente comprovados (arts. 643 e 644 do CC).

Prevê o parágrafo único do art. 644 que se essas dívidas, despesas ou prejuízos não forem provados suficientemente, ou forem ilíquidos, o depositário poderá exigir caução idônea do depositante ou, na falta desta, a remoção da coisa para o Depósito Público, até que se liquidem.

6.9.3 Do depósito necessário

Segundo os ensinamentos de Maria Helena Diniz, “o depósito necessário é aquele que independe da vontade das partes, por resultar de fatos imprevistos e irremovíveis, que levam o depositante a efetuá-lo, entregando a guarda de um objeto à pessoa que desconhece, a fim de subtraí-lo de uma ruína imediata” (arts. 647 a 651 do CC).[52] Pelo que consta do CC/2002 e seguindo as lições da jurista, três são as espécies de depósito necessário:

a) *Depósito legal* – realizado no desempenho de obrigação decorrente de lei, como ocorre no caso previsto no art. 641 do CC (em caso de incapacidade superveniente, negando-se o depositante a receber a coisa).

b) *Depósito miserável* (*depositum miserabile*) – efetuado por ocasião de calamidades, como nos casos de inundação, incêndio, naufrágio ou saque. Em casos tais, o depositário é obrigado a se socorrer da primeira pessoa que aceitar o depósito salvador.

c) *Depósito do hospedeiro* – refere-se à bagagem dos viajantes ou hóspedes nas hospedarias onde eles estiverem (art. 649 do CC). Os hospedeiros responderão como depositários, assim como pelos furtos e roubos que perpetrarem as pessoas empregadas ou admitidas nos seus estabelecimentos, já que o contrato é de guarda (art. 649, parágrafo único, do CC). Cessa essa responsabilidade dos hospedeiros, se estes provarem que os fatos prejudiciais aos viajantes ou hóspedes não podiam ter sido evitados (art. 650 do CC). Esse contrato é também regido pelos arts. 932, IV, 933 e 942 do CC, respondendo objetivamente o hospedeiro por ato culpado do seu hóspede, frente a terceiros. A responsabilidade de ambos é, ainda, solidária. Deve-se concluir que à relação entre hóspede e hospedeiro pode ser ainda aplicado o CDC, presentes os elementos descritos nos arts. 2.º e 3.º da Lei 8.078/1990 (*diálogo das fontes*).

No que se refere ao depósito legal, reger-se-á pela disposição da respectiva lei. No silêncio, ou sendo deficiente a norma, deverão ser aplicadas de forma residual as regras previstas para o depósito voluntário (art. 648 do CC). Aliás, no exemplo mencionado, de incidência do art. 641 do CC, isso ocorre. O mesmo vale para o depósito miserável, aplicando-se, eventualmente, as regras analisadas quanto ao depósito voluntário.

Em regra, o depósito necessário não se presume gratuito. No caso de depósito do hospedeiro, contrato oneroso, a remuneração pelo depósito está incluída no preço da hospedagem (art. 651 do CC).

6.9.4 Da prisão do depositário infiel

O art. 5.º, LXVII, da CF/1988 possibilita a prisão civil por dívidas em dois casos: *inadimplemento voluntário e inescusável da obrigação alimentar* e *depositário infiel*. Questão que sempre levantou enorme polêmica refere-se à possibilidade de prisão do *depositário infiel* diante do descumprimento do contrato. Pois bem, vejamos a redação do art. 652 do CC:

> “Art. 652. Seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e ressarcir os prejuízos”.

Pela literalidade da norma, o depositário que, injustificadamente, não restituir a coisa depositada ao final do contrato, ou quando solicitada, e desde que não esteja amparado pelas causas de exclusão da obrigação de restituir (arts. 633 e 634 do CC), passará a ser considerado depositário infiel e poderá ter decretada sua prisão, pelo prazo de até um ano, sem prejuízo de eventual indenização cabível. A prisão estaria justificada na quebra da confiança, da *fiducia* que o depositante tem em relação ao depositário. A norma tinha o escopo justamente de regulamentar o art. 5.º, LXVII, da Constituição Federal de 1988.

Todavia, a jurisprudência superior acabou por abolir a prisão civil do depositário, em qualquer modalidade de depósito, o que inclui o dispositivo em comento.

Destaque-se que este autor sempre esteve filiado à tese da inconstitucionalidade da prisão civil do depositário, baseada no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, aprovado na Convenção sobre Direitos Humanos de São José da Costa Rica (promulgada pelo Decreto 592/1992), que a proíbe expressamente.[53] Dispõe o art. 11 desse Tratado Internacional, do qual o nosso País é signatário, que "ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual".

Na doutrina, sempre existiram manifestações contrárias a tal prisão civil, visando prestigiar o Pacto de San José da Costa Rica. Antes mesmo da entrada em vigor do CC/2002, em tom profético, Valério de Oliveira Mazzuoli sustentava a inconstitucionalidade do art. 652 do CC:

> "Sem embargo, entretanto, como vimos, a norma do art. 652 do novo Código Civil, será, desde a sua entrada em vigor (em janeiro de 2003), absolutamente inconstitucional, violadora que será do preceito do art. 5.º, LXVII, da Carta da República, modificada em sua segunda parte ('rectius': inaplicável a sua segunda parte) pelo Pacto de San José da Costa Rica, de modo que o Decreto-lei 911/1969, mesmo com o ingresso desse novo diploma civil em vigor, continuará equiparando o devedor do contrato de alienação fiduciária a algo que continua a não existir, perpetuando-se como uma norma eternamente vazia no que toca à imposição a esse devedor da medida coativa da prisão. Somente esta saída é que resta na resolução desse futuro problema que, brevemente, virá à tona. O problema, aqui, como se vê, deixa de ser mero conflito de leis no tempo, para dar lugar a verdadeiro conflito entre leis internas e a Constituição".[54]

A premissa teórica foi reforçada com a Emenda Constitucional 45/2004, que acrescentou um § 3.º ao art. 5.º do Texto Maior, *in verbis*: "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

Analisando a eficácia da norma, o STF acabou por concluir, ao final de 2008, ser inconstitucional a prisão do depositário no caso de alienação fiduciária em garantia de bens móveis, regida pelo Decreto-lei 911/1969 (nesse sentido, ver: STF, RE 466.343/SP). Concluiu-se que o Pacto de San José da Costa Rica tem *força supralegal*, estando em uma posição hierárquica intermediária entre a Constituição Federal e as leis ordinárias, a afastar a possibilidade de prisão

civil por descumprimento contratual. A dedução foi estendida para qualquer hipótese de depósito, conforme se extrai do *Informativo* n. *531* do STF, tendo sido cancelada a Súmula 619 do próprio Tribunal ("A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito").

Mais recentemente, arrematando a possibilidade de qualquer debate a respeito da prisão do depositário, o Supremo editou a Súmula Vinculante 25, cuja redação é a seguinte: "É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito" (aprovada na Sessão Plenária de 16.12.2009).

Em suma, o art. 652 do CC não tem mais aplicação no sistema brasileiro. A conclusão merece aplausos, representando relevante avanço no modo de encarar o contrato, de forma consectária com o princípio da proteção da dignidade humana.

6.10 DO MANDATO (ARTS. 653 A 692 DO CC)

6.10.1 Conceito e natureza jurídica

Trata-se do contrato pelo qual alguém (o mandante) transfere poderes a outrem (o mandatário) para que este, em seu nome, pratique atos ou administre interesses. O mandatário age sempre em nome do mandante, havendo um *negócio jurídico de representação*.

Não se pode confundir o mandato com a procuração, uma vez que esta última não constitui um contrato, mas sim o meio pelo qual o negócio se instrumentaliza. Enuncia o art. 654 do CC em vigor que todas as pessoas capazes são aptas para dar procuração mediante instrumento particular, que terá validade desde que tenha a assinatura daquele que pretende outorgar poderes. O instrumento de procuração deverá conter (art. 654, § 1.º):

- A indicação do lugar onde foi passado.
- A qualificação do outorgante (mandante) e do outorgado (mandatário).
- A data da outorga.
- O objetivo da outorga.
- A designação e a extensão dos poderes outorgados.

Eventual terceiro poderá exigir, para que o negócio lhe gere efeitos, que a procuração tenha firma reconhecida (art. 654, § 2.º, do CC). Em outras palavras, esse reconhecimento de firma é requisito para que o mandato tenha efeitos contra todos (*erga omnes*). Ilustrando, o STJ já entendeu que o reconhecimento de firma é essencial para o exercício de poderes especiais no mandato *ad*

judicia (STJ, REsp 616.435/PE, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5.ª Turma, j. 04.08.2005, *DJ* 05.09.2005, p. 461). Todavia, da mesma Corte Superior, seguindo outro caminho, mais afeito à operabilidade ou facilitação do Direito Privado, um dos baluartes do Código Civil de 2002:

> "Sindical. Ação rescisória. Alegação de afronta ao art. 38 do CPC, c/c o art. 1.289, § 3.º, do CC/1916. Não ocorrência. Desnecessidade de reconhecimento da firma de procuração outorgada a advogado, para postulação em juízo. Arts. 522, 538, § 4.º e 539 da CLT. Administração interna das federações de sindicatos. Número de dirigentes. Composição do conselho de representantes: dois membros de cada delegação dos sindicatos filiados à federação. Dissídio jurisprudencial não configurado. 1. Após a reforma introduzida pela Lei n. 8.952/94 não se mostra necessário o reconhecimento da firma do outorgante nas procurações *ad judicia*, porquanto até os instrumentos com outorga de poderes especiais igualmente dispensam essa formalidade após a reforma da referida lei, se a outorga é utilizada exclusivamente perante o juízo da causa. (...)" (STJ, REsp 296.489/PB, Rel. Min. Humberto Martins, 2.ª Turma, j. 06.11.2007, *DJ* 19.11.2007, p. 215).

> "Processual civil. Recurso especial em mandado de segurança. Legitimidade ativa *ad causam.* Necessidade de dilação probatória. Reexame do contexto fático-probatório. Súmula 7/STJ. Reconhecimento de firma em procuração com poderes especiais. Precedente da Corte Especial do STJ. (...). 2. A atual redação do art. 38 do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei 8.952/94, passou a dispensar o reconhecimento de firma para as procurações *ad judicia et extra*, o que vale dizer que mesmo os instrumentos com poderes especiais estão acobertados pela dispensa legal. Revisão da jurisprudência da Segunda Turma a partir do precedente da Corte Especial (REsp 256.098, Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJ* de 07.12.2001). 3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido" (STJ, REsp 716.824/AL, Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, 2.ª Turma, j. 11.04.2006, *DJ* 22.05.2006, p. 185).

No que concerne à sua natureza jurídica, ensina Sílvio de Salvo Venosa que se trata de um contrato unilateral, em regra, "porque salvo disposição expressa em contrário, somente atribui obrigações ao mandatário. O mandante assume a posição de credor na relação obrigacional. A vontade das partes ou a natureza profissional do outorgado podem convertê-lo, contudo, em bilateral imperfeito. Presume-se gratuito o mandato civil (art. 658) e oneroso o mercantil, nos termos de nossa tradição, admitindo-se prova em contrário em ambas as hipóteses. A gratuidade do mandato civil não lhe é essencial, ainda porque, na prática, esse mandato é geralmente oneroso. A onerosidade do mandato provém, na maioria das vezes, da própria atividade profissional e usual do mandatário. Esse o sentido do parágrafo único do art. 658".[55]

Tem razão o jurista, no que concerne à natureza jurídica do contrato em questão, mesmo entendendo alguns doutrinadores que o contrato é bilateral, como o faz Maria Helena Diniz.[56] Lembre-se, contudo, que não há que se falar mais em *mandato mercantil*, pois a matéria foi unificada e consolidada pelo CC/2002. Resumindo, em regra, o mandato é unilateral e gratuito. Mas, na prática, prevalecem os contratos bilaterais e onerosos, o que faz que o mandato seja qualificado como um *contrato bilateral imperfeito*.

Em relação à remuneração do mandato oneroso, no caso de ofício ou de profissão (*v.g.*, advogados), caberá ao mandatário a retribuição prevista em lei ou no contrato. Sendo estes omissos, será a remuneração determinada pelos usos do lugar, ou, na falta destes, por arbitramento pelo juiz

(art. 658, parágrafo único, do CC). A previsão de fixação, conforme os usos do lugar, está de acordo com o princípio da operabilidade, uma vez que o conceito constitui uma cláusula geral. A socialidade também se faz presente, eis que o contrato de mandato será analisado de acordo com o contexto da sociedade. Anote-se que, em casos envolvendo advogados, a jurisprudência, de forma correta, tem presumido a onerosidade do contrato (assim julgando: TJMG, Apelação Cível 1.0074.06.031787-7/0011, Bom Despacho, 14.ª Câmara Cível, Rel. Des. Renato Martins Jacob, j. 06.09.2007, *DJEMG* 01.10.2007).

O mandato é um contrato consensual, pois tem aperfeiçoamento com a mera manifestação de vontade das partes. Constitui contrato comutativo, pois as partes sabem, no momento da celebração do negócio, quais são as suas incumbências, deveres e direitos. Trata-se de um *contrato preparatório* pelo fato de servir para a prática de um outro ato ou negócio.

O mandato constitui contrato informal e não solene, pois o mandato pode ser expresso ou tácito, verbal ou por escrito (art. 656 do CC). Aliás, mesmo que o mandato seja outorgado por instrumento público, poderá haver substabelecimento mediante instrumento particular, o que confirma a liberdade das formas (art. 655 do CC). No que concerne ao último dispositivo, de forma acertada, prevê o Enunciado n. 182 do CJF/STJ, aprovado na *III Jornada de Direito Civil*, que "o mandato outorgado por instrumento público previsto no art. 655 do CC somente admite substabelecimento por instrumento particular quando a forma pública for facultativa e não integrar a substância do ato". A título de exemplo, se o mandato é para venda de imóvel com valor superior a trinta salários-mínimos, tanto a procuração quanto o substabelecimento deverão ser celebrados por escritura pública.

Na verdade, o Enunciado n. 182 do CJF/STJ ainda mantém relação com o art. 657 do CC, pelo qual a outorga do mandato está sujeita à forma exigida por lei para o ato a ser praticado. O mandato verbal não é admitido para os casos em que o ato deva ser celebrado por escrito, caso, por exemplo, do mandato para prestar fiança (art. 819 do CC).

Relativamente à aceitação por parte do mandatário, esta pode ser expressa ou tácita (art. 659 do CC). Haverá aceitação tácita se resultar do começo de cumprimento do contrato. Em outras palavras, se o mandatário der início a atos de execução, presume que o beneficiado por tais atos (o mandante) aceitou o mandato. O simples silêncio não indica aceitação do mandato, pois *quem cala não consente* (art. 111 do CC).

O mandato, pela sua natureza, é um contrato personalíssimo (*intuitu personae*), fundado na confiança, na fidúcia que o mandante tem no mandatário e vice-versa.

Por fim, em relação à caracterização do contrato de mandato como sendo de consumo, é possível a aplicação da Lei 8.078/1990 se estiverem presentes os requisitos previstos nos arts. 2.º e 3.º do CDC. Vale dizer, aliás, que o STJ já concluiu pela aplicação da Lei Consumerista às relações entre advogados e clientes, ou seja, ao mandato *ad judicia* (nesse sentido: REsp 651.278/RS

(200400869500), j. 28.10.2004, 3.ª Turma, *DJ* 17.12.2004, p. 544, *REPDJ* 01.02.2005, p. 559). Todavia, a questão não é pacífica, havendo julgados no próprio STJ em sentido contrário, ou seja, pela não incidência do CDC em casos tais (REsp 914.105/GO, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4.ª Turma, j. 09.09.2008, *DJe* 22.09.2008).

6.10.2 Principais classificações do mandato

O mandato admite várias classificações doutrinárias. Utilizando as obras que servem de referência para o presente trabalho, principalmente as de Sílvio Venosa e Maria Helena Diniz, podem ser apontadas as seguintes classificações:

I) Quanto à origem:

a) *Mandato legal* – decorre de lei e dispensa a elaboração de qualquer instrumento. Exemplos: os existentes a favor dos pais, tutores e curadores para a administração dos bens dos filhos, tutelados e curatelados.

b) *Mandato judicial* – conferido em virtude de uma ação judicial, com a nomeação do mandatário pela autoridade judicial. Exemplos: inventariante que representa o espólio e administrador judicial que representa a massa falida.

c) *Mandato convencional* – decorre de contratos firmados entre as partes, sendo manifestação da autonomia privada. Esse mandato pode ser *ad judicia* ou judicial, para a representação da pessoa no campo judicial; ou *ad negotia* ou extrajudicial, para a administração em geral na esfera extrajudicial. De acordo com o art. 692 do CC em vigor, o mandato convencional judicial (*ad judicia*) fica subordinado às normas que lhe dizem respeito, constante da legislação processual, e, supletivamente, àquelas estabelecidas pelo CC/2002. O mandato *ad judicia* é privativo dos advogados inscritos na OAB, conforme regulamenta a Lei 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia).

II) Quanto às relações entre mandante e mandatário:

a) *Mandato oneroso* – denominação dada ao contrato de mandato em que a atividade do mandatário é remunerada.

b) *Mandato gratuito* – expressão do mandato em que não há qualquer remuneração a ser paga ao mandatário, sendo a forma presumida pela lei.

III) Quanto à pessoa do mandatário ou procurador:

a) *Mandato singular* ou *simples* – existe apenas um mandatário.

b) *Mandato plural* – existem vários procuradores ou mandatários, podendo assumir as seguintes formas (art. 672 do CC):

– *Mandato conjunto* ou *simultâneo* – os poderes são outorgados aos mandatários para que estes atuem de forma conjunta. Ilustrando, se nomeados dois ou mais mandatários, nenhum deles poderá agir de forma separada, sem a intervenção dos outros (salvo se houver ratificação destes, cuja eficácia retroagirá à data do ato).

– *Mandato solidário* – os diversos mandatários nomeados podem agir de forma isolada, independentemente da ordem de nomeação, cada um atuando como se fosse um único mandatário (cláusula *in solidum*). Em regra, não havendo previsão no instrumento, presume-se que o mandato assumiu essa forma (art. 672, *caput*, do CC).

– *Mandato fracionário* – a ação de cada mandatário está delimitada no instrumento, devendo cada qual agir em seu setor.

– *Mandato sucessivo* ou *substitutivo* – um mandatário só poderá agir na falta do outro, sendo designado de acordo com a ordem prevista no contrato.

IV) Quanto ao modo de manifestação de vontade:

a) *Mandato expresso* – existe a elaboração de um instrumento de procuração que estipula os poderes do mandatário.

b) *Mandato tácito* – a aceitação do encargo decorre da prática de atos que a presumem (*v.g.*, início da execução do ato).

V) Quanto à forma de celebração:

a) *Mandato verbal* – é permitido em todos os casos em que não se exige a forma escrita, podendo ser provado por testemunhas.

b) *Mandato escrito* – elaborado por meio de instrumento particular ou de instrumento público.

VI) Quanto aos poderes conferidos:

a) *Mandato geral* – há outorga de todos os direitos que tem o mandante. Prevê o art. 661, *caput*, do CC, que o mandato em termos gerais só confere poderes para a prática de atos de administração.

b) *Mandato especial* – engloba determinados direitos, estando, por isso, restrito aos atos ou negócios especificados expressamente no mandato. Para alienar, hipotecar, transigir ou praticar outros atos que exorbitem a administração ordinária, há necessidade de procuração com poderes especiais e expressos (art. 661, § 1.º, do CC). Quanto ao poder de transigir, este não implica o poder de firmar compromisso de arbitragem (art. 661, § 2.º, do CC). Preconiza o Enunciado n. 183 do CJF/STJ, da *III Jornada de Direito Civil*, que "Para os casos em que o parágrafo primeiro do art. 661 exige poderes especiais, a procuração deve conter a identificação do objeto".

6.10.3 Principais regras do mandato no CC/2002

Primeiramente, quanto aos efeitos do contrato e aos atos praticados por quem não tenha mandato, ou o tenha sem poderes suficientes, são ineficazes em relação àquele em cujo nome foram praticados, salvo se este os ratificar (art. 662 do CC). Assim sendo, em regra, não terão eficácia os atos praticados sem que haja poderes para tanto, por parte do *falsus procurator*, sob pena de prestigiar o exercício arbitrário de direitos não conferidos. Trazendo interessante aplicação da norma, colaciona-se:

> "Títulos de crédito. Duplicata mercantil. Título causal. Afirmação da suposta compradora de inexistência de causa subjacente. Alegação da vendedora de que o negócio foi realizado por interposta pessoa. Vendedora que não comprova que tal pessoa teria poderes para agir em nome da suposta compradora. Ineficácia do ato (artigo 662 do Código Civil). Declaração de nulidade do título. Danos. Danos Materiais consubstanciados nos gastos com contratação de advogado. Dano moral inexistente porque baseado exclusivamente no suposto abalo de crédito, inexistente pela sustação do protesto. Sentença parcialmente reformada. Apelação parcialmente provida" (TJSP, Apelação 7238843-7, Acórdão 3388285, Fernandópolis, Décima Terceira Câmara de Direito Privado D, Rel. Des. Luís Eduardo Scarabelli, j. 28.11.2008, *DJESP* 08.01.2009).

Ressalve-se que a parte final do art. 662 privilegia o princípio da conservação do negócio jurídico ou do contrato ao expressar que o ato pode ser confirmado pelo mandante, principalmente nos casos em que a atuação daquele que agiu como mandatário lhe é benéfica. O que se percebe, é que interessa ao mandato a atuação em benefício do mandante. Essa ratificação ou confirmação há de ser expressa, ou resultar de ato inequívoco (confirmação tácita), e retroagirá à data do ato, tendo efeitos *ex tunc*.

Sempre que o mandatário realizar negócios expressamente em nome do mandante, será este o único responsável (art. 663 do CC). Haverá responsabilidade pessoal do mandatário se ele agir em seu próprio nome, ainda que o negócio seja por conta do mandante. No que interessa a esse dispositivo, comenta Araken de Assis, ilustrando a sua aplicação:

> "Deste singular acontecimento resulta, em primeiro lugar, a consequência prevista no art. 663, segunda parte. Nenhuma relação jurídica se estabeleceu, eficazmente, entre o mandante e o terceiro, e vice-versa, ficando o mandatário pessoalmente obrigado, nada importando a natureza civil ou comercial do negócio. Por exemplo, a 3.ª Turma do STJ reconheceu que, no endosso-mandato, o endossatário age em nome do endossante, e, portanto, não lhe cabe figurar em demandas que visem à sustação do protesto ou à anulação do título. Em outra oportunidade, a mesma 3.ª Turma do STJ admitiu que, no substabelecimento da procuração em causa própria, há 'negócio celebrado pelo mandatário em seu próprio nome e o terceiro', motivo por que ao último toca 'exigir o cumprimento do contrato do substabelecente, com quem contratou, não do outorgante da procuração'".[57]

Como o mandatário é possuidor de boa-fé, diante do justo título que fundamenta o contrato, tem ele o direito de reter do objeto da operação que lhe foi cometida tudo quanto baste para pagamento do que lhe for devido em consequência do mandato (art. 664 do CC). Isso, desde que, logicamente, o mandato seja oneroso. Segundo o Enunciado n. 184 do CJF/STJ, esse dispositivo deve ser interpretado em conjunto com o art. 681 do mesmo Código, *in verbis*:

> "Art. 681. O mandatário tem sobre a coisa de que tenha a posse em virtude do mandato, direito de retenção, até se reembolsar do que no desempenho do encargo despendeu".

Na literalidade, determina o citado enunciado doutrinário que: "Da interpretação conjunta desses dispositivos, extrai-se que o mandatário tem o direito de reter, do objeto da operação que lhe foi cometida, tudo o que lhe for devido em virtude do mandato, incluindo-se a remuneração ajustada e o reembolso de despesas" (Enunciado n. 184 do CJF/STJ). A conclusão é que os dois comandos legais se complementam, elucidando quais são os valores devidos.

O mandatário que exceder os poderes outorgados, ou proceder contra eles, será considerado mero *gestor de negócios*. Tal presunção perdurará enquanto o mandante não ratificar ou confirmar o ato (art. 665 do CC). A ratificação pelo mandante a converter a gestão de negócio em mandato retroage ao dia do começo da gestão produzindo, portanto, efeitos *ex tunc* (art. 873 do CC).

Com relação ao menor relativamente incapaz (maior de dezesseis e menor de dezoito anos não emancipado), este pode ser mandante ou mandatário. Sendo mandante, na hipótese de mandato com procuração *ad negotia* – conferida para a prática e administração dos negócios em geral – ou *ad judicia* – conferida para a propositura de ações e para a prática de atos judiciais –, os poderes deverão ser outorgados por meio de instrumento público (art. 654 do CC), caso o negócio tenha por objeto a prática de atos da vida civil. Se a procuração tiver por objeto a atuação em juízo

(procuração ou mandato judicial – regidos pelo art. 38 do CPC, conforme determina o art. 692 do CC), o menor púbere poderá outorgá-la, seja *ad judicia* ou *ad negotia*, por instrumento particular, desde que também esteja assistido por seu representante legal.

Sendo o menor relativamente incapaz mandatário, em caso de mandato extrajudicial, o mandante não terá ação contra este, senão em conformidade com as *regras gerais* aplicáveis às obrigações contraídas por menores. Essas *regras gerais* referenciadas, constantes do Código Civil, são as previstas nos arts. 180 e 181 do CC, já estudadas.

Quanto às obrigações do mandatário, estas estão relacionadas pelos arts. 667 a 674 do CC, a saber:

a) O mandatário é obrigado a aplicar toda sua diligência habitual na execução do mandato e a indenizar qualquer prejuízo causac por culpa sua ou daquele a quem substabelecer, sem autorização, poderes que devia exercer pessoalmente. Assim sendo, como a obrigação do mandatário é de meio, a sua responsabilidade é subjetiva, em regra.
b) O mandatário é obrigado a prestar contas de sua gerência ao mandante, transferindo-lhe as vantagens provenientes do mandato, por qualquer título que seja.
c) O mandatário não pode compensar os prejuízos a que deu causa com os proveitos que, por outro lado, tenha granjeado ao seu constituinte (vedação de compensação).
d) Pelas somas que devia entregar ao mandante ou recebeu para despesa, mas empregou em proveito seu, pagará o mandatário juros, desde o momento em que abusou. Os juros devidos podem ser convencionados pelo próprio contrato. Não havendo previsão, os juros serão os legais, nos termos do art. 406 do CC.
e) Se o mandatário, tendo fundos ou crédito do mandante, comprar, em nome próprio, algo que deveria comprar para o mandant por ter sido expressamente designado no mandato, terá este último ação para obrigar o mandatário à entrega da coisa comprada. A ação cabível para haver a coisa para si é a ação reivindicatória, fundada no domínio sobre a coisa.
f) Quanto ao terceiro que, depois de conhecer os poderes do mandatário, com ele celebrar negócio jurídico exorbitante do mandato, este não terá ação contra o mandatário, salvo se este lhe prometeu ratificação do mandante ou se responsabilizou pessoalmente (art. 673 do CC). Esse dispositivo pretende punir o terceiro que agiu de má-fé, não tendo o último ação contra o mandatário se sabia da atuação em abuso de direito, eis que ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza, o que é corolário da boa-fé. Mas se o mandatário fizer promessa da confirmação do negócio ou obrigar-se pessoalmente, haverá responsabilidade deste.
g) Embora ciente da morte, interdição ou mudança de estado do mandante, deverá o mandatário concluir o negócio já começadc se houver perigo na demora. Se o mandatário assim não agir, poderá ser responsabilizado por perdas e danos, tanto pelo mandante quanto pelos sucessores prejudicados.

Por outra via, os arts. 675 a 681 trazem as obrigações do mandante, a seguir elencadas:

a) O mandante é obrigado a satisfazer todas as obrigações contraídas pelo mandatário, na conformidade do mandato conferido. Além disso, deve adiantar as importâncias necessárias à execução do mandato, quando o mandatário lhe pedir, sob pena de rescisão do contrato por inexecução voluntária, a gerar a resolução com perdas e danos.
b) O mandante é obrigado a pagar ao mandatário a remuneração ajustada e as despesas da execução do mandato, ainda que o negócio não surta o esperado efeito, salvo se houver culpa do mandatário (responsabilidade contratual subjetiva).
c) As somas adiantadas pelo mandatário para a execução do mandato geram o pagamento de juros desde a data do desembolso Não havendo estipulação de juros convencionais, aplicam-se os juros legais previstos no art. 406 do CC.

d) O mandante é obrigado a ressarcir ao mandatário as perdas que este sofrer com a execução do mandato, sempre que estas não resultarem de culpa sua ou de excesso de poderes.

e) Ainda que o mandatário contrarie as instruções do mandante, se não exceder os limites do mandato, ficará o mandante obriga para com aqueles com quem o seu procurador contratou (art. 679 do CC). Mas, em casos tais, o mandante terá ação contra o mandatário, para pleitear as perdas e danos resultantes da inobservância das instruções dadas. A título de exemplo, se a outorga de poderes é para a venda de um imóvel por R$ 30.000,00, e o mandatário o vender por R$ 20.000,00, a venda será válida. Nesse caso, o mandante somente poderá pleitear as perdas e danos referentes aos R$ 10.000,00 do mandatário, não havendo qualquer direito em relação ao terceiro que adquiriu o bem.

f) Sendo o mandato outorgado por duas ou mais pessoas, e para negócio comum, cada uma ficará solidariamente responsável perante o mandatário por todos os compromissos e efeitos do mandato (art. 680 do CC). O dispositivo consagra o direito regressivo a favor do mandante que pagar quantias, contra os demais, pelas quotas correspondentes.

Superado esse ponto, parte-se ao estudo do substabelecimento, instituto de grande importância para o contrato.

O substabelecimento constitui uma cessão parcial de contrato, em que o mandatário transmite os direitos que lhe foram conferidos pelo mandante a terceiro. O substabelecimento pode ser feito por instrumento particular, mesmo que o mandatário tenha recebido os poderes por procuração pública. No entanto, se a lei exigir que a procuração seja outorgada por instrumento público, o substabelecimento não poderá ser feito por instrumento particular.

Nesse negócio de cessão, o mandatário é denominado *substabelecente* e o terceiro *substabelecido*. Em relação às responsabilidades que surgem do negócio em questão, há regras previstas nos parágrafos do art. 667 do CC, a saber:

1.ª Regra – Se, não obstante a proibição do mandante, o mandatário se fizer substituir na execução do mandato, responderá ao s constituinte pelos prejuízos ocorridos sob a gerência do substituto, embora provenientes de caso fortuito (evento totalmente imprevisível). No entanto, se provar que o caso fortuito teria sobrevindo ainda que não tivesse havido substabelecimento – ou seja, que o prejuízo ocorreria de qualquer forma –, o mandatário não será responsabilizado.

2.ª Regra – Havendo poderes de substabelecer, só serão imputáveis ao mandatário os danos causados pelo substabelecido, se tiv agido com culpa na escolha deste ou nas instruções dadas a ele (responsabilidade subjetiva).

3.ª Regra – Se a proibição de substabelecer constar da procuração, os atos praticados pelo substabelecido não obrigam o mandante, salvo ratificação expressa, que retroagirá à data do ato (efeitos *ex tunc*).

4.ª Regra – Sendo omissa a procuração quanto ao substabelecimento, o procurador será responsável se o substabelecido proced culposamente. Entendemos que a responsabilidade do substabelecente é objetiva indireta, desde que comprovada a culpa do substabelecido (arts. 932 e 933).

Quanto à extensão, o substabelecimento pode ser assim classificado:

• *Substabelecimento sem reserva de poderes* – o substabelecente transfere os poderes ao substabelecido de forma definitiva, renunciando ao mandato que lhe foi outorgado. Deve ocorrer a notificação do mandante, pois se assim não proceder, o mandatário não ficará isento de responsabilidade pelas suas obrigações contratuais.

• *Substabelecimento com reserva de poderes* – o substabelecente outorga poderes ao substabelecido, sem perdê-los. Tanto

o substabelecente quanto o substabelecido podem exercer os poderes conferidos pelo mandante.

A findar o estudo do mandato, insta analisar a extinção do contrato em questão, que tem regras próprias entre os arts. 682 a 691 do CC. O primeiro dispositivo enuncia que cessa o mandato:

I) Pela revogação, por parte do mandante; ou pela renúncia pelo mandatário.
II) Pela morte ou interdição de uma das partes (eis que o contrato é personalíssimo).
III) Pela mudança de estado que inabilite o mandante a conferir os poderes, ou o mandatário para exercê-los.
IV) Pelo término do prazo ou pela conclusão do negócio.

O próprio CC/2002 autoriza a cláusula de irrevogabilidade, que afasta o direito potestativo do mandante resilir unilateralmente o contrato (art. 683 do CC). Em havendo esta cláusula e tendo sido o contrato revogado, arcará o mandante com as perdas e danos que o caso concreto determinar. Porém, quando a cláusula de irrevogabilidade for condição de um negócio bilateral, ou tiver sido estipulada no exclusivo interesse do mandatário, a revogação do mandato será ineficaz (art. 684 do CC). A parte final do dispositivo acaba por vedar a cláusula de irrevogabilidade no *mandato em causa própria*. Isso é ainda reconhecido, de forma especial e expressa, pelo art. 685 do CC. O dispositivo ainda veda a revogação do contrato em questão:

> "Art. 685. Conferido o mandato com a cláusula 'em causa própria', a sua revogação não terá eficácia, nem se extinguirá pela morte de qualquer das partes, ficando o mandatário dispensado de prestar contas, e podendo transferir para si os bens móveis ou imóveis objeto do mandato, obedecidas as formalidades legais".

Conforme antes foi exposto, no mandato em causa própria (com cláusula *in rem propriam* ou *in rem suam*), o mandante outorga poderes para que o mandatário atue em seu próprio nome. O art. 117 do CC do mesmo modo autoriza a sua previsão, como demonstrado. A título de exemplo, é de se lembrar a hipótese em que o mandante outorga poderes para que o mandatário venda um imóvel, constando autorização para que o último venda o imóvel para si mesmo. A vedação tanto da revogação quanto da cláusula de irrevogabilidade existe porque não há no contrato a confiança típica do contrato de mandato regular. No mandato em causa própria, o procurador também estará isento do dever de prestar contas, tendo em vista que o ato caracteriza uma cessão de direitos em proveito dele mesmo.

Ocorrendo a revogação do mandato pelo mandante e a notificação somente do mandatário, a resilição unilateral não gera efeitos em relação a terceiros que, ignorando a revogação, de boa-fé, celebraram negócios com o mandatário (art. 686 do CC). A boa-fé referenciada é a subjetiva, aquela relacionada com o plano intencional, a um estado psicológico. Devem ser ressalvadas, em casos tais, eventuais ações, inclusive de indenização, que o mandante possa ter contra o mandatário pela

celebração desses negócios com terceiros.

Também é irrevogável o mandato que contenha poderes de cumprimento ou confirmação de *negócios encetados* (aqueles já celebrados e efetivados pelo mandatário), aos quais se ache vinculado (art. 686, parágrafo único, do CC).

No que concerne aos meios ou formas, a revogação pode ser expressa ou tácita. Haverá revogação tácita, nos termos da lei, quando for comunicada ao mandatário a nomeação de outro procurador (art. 687 do CC).

Além da revogação, que constitui um direito potestativo do mandante, como *outro lado da moeda* há a renúncia por parte do mandatário. Essa será comunicada ao mandante, que, se for prejudicado pela resilição unilateral, por ser essa inoportuna ou pela falta de tempo para a substituição do procurador, será indenizado pelo mandatário por perdas e danos (art. 688 do CC). No entanto, se o mandatário provar que não podia continuar no mandato sem prejuízo considerável, e que não lhe era dado substabelecer, estará isento do dever de indenizar.

Sendo o contrato de mandato um negócio personalíssimo ou *intuitu personae*, a morte de uma das partes gera a sua extinção, hipótese de *cessação contratual*. Nesse sentido, a prestação de contas que cabia ao mandatário não se transmite aos seus herdeiros, conforme o entendimento da jurisprudência (conclusão em: Tribunal de Alçada de Minas Gerais, Acórdão 0395717-3 Apelação Cível, ano: 2003, Processo principal 98.002703-8, 5.ª Câmara Cível, Juiz Rel. Mariné da Cunha, Comarca: Caratinga, j. 11.09.2003, dados publ.: não publicado, decisão: unânime).

No caso de morte de uma das partes, são válidos, a respeito dos contratantes de boa-fé, os atos com estes ajustados em nome do mandante pelo mandatário, enquanto este ignorar a morte daquele ou a extinção do mandato, por qualquer outra causa (art. 689 do CC). A boa-fé referenciada, mais uma vez, é a boa-fé subjetiva, aquela que existe no plano intencional.

Porém, se falecer o mandatário, pendente o negócio a ele cometido, os herdeiros, tendo ciência do mandato, deverão avisar o mandante e tomarão as providências cabíveis para o resguardo dos interesses deste, de acordo com as circunstâncias do caso concreto (art. 690 do CC).

Nessas hipóteses, os herdeiros também não poderão abusar no exercício desse dever, tendo de limitar-se às medidas conservatórias, ou a continuar os negócios pendentes que não possam demorar sem perigo, regulando-se os seus serviços pelas mesmas normas a que o mandatário estiver sujeito (art. 691 do CC).

6.11 DA COMISSÃO (ARTS. 693 A 709 DO CC)

O contrato de comissão é aquele pelo qual o comissário realiza a aquisição ou venda de bens, em seu próprio nome, à conta do comitente (art. 693 do CC). A diferença substancial em relação ao

mandato está no fato de que o comissário age em seu próprio nome, enquanto o mandatário age em nome do mandante.

O contrato de comissão é bilateral, oneroso, consensual e comutativo. Constitui contrato não solene e informal, pois a lei não lhe exige escritura pública ou forma escrita. É contrato personalíssimo, fundado na confiança, na *fidúcia* que o comitente tem em relação ao comissário.

Justamente porque o comissário age em seu próprio nome, ele fica diretamente obrigado para com as pessoas com quem contratar, sem que estas tenham ação contra o comitente, nem este contra elas, salvo se o comissário ceder seus direitos a qualquer das partes (art. 694 do CC). Sustenta Gustavo Tepedino, ao comentar a norma, que "Não se estabelecem, assim, relações diretas entre o terceiro e o comitente, mas somente entre o terceiro e o comissário. Desse modo, por não existir representação no contrato de comissão, o comissário não vincula diretamente na esfera jurídica do comitente nos contratos que celebrar à conta deste, sendo certo que, muitas vezes, o terceiro sequer tem conhecimento que existe o contrato de comissão".[58]

Nas lições de José Maria Trepat Cases, três são as espécies de comissão:[59]

> *a) Comissões imperativas* – são aquelas que não deixam margem de manobra para o comissário.
>
> *b) Comissões indicativas* – são aquelas em que o comissário tem alguma margem para atuação. Entretanto, o comissário deve, sempre que possível, comunicar-se com o comitente acerca de sua atuação, o que representa a aplicação do dever de informação, anexo à boa-fé objetiva.
>
> *c) Comissões facultativas* – são aquelas em que o comitente transmite ao comissário as razões de seu interesse no negócio, sem qualquer restrição ou observação especial para a atuação do último.

Mesmo havendo esta autonomia do comissário, ele é obrigado a agir conforme as ordens e instruções do comitente (art. 695, *caput*, do CC). Não havendo instruções e não sendo possível pedi-las a tempo, o comissário deverá agir conforme os usos e costumes do lugar da celebração do contrato.

Haverá presunção de que o comissário agiu bem, justificando-se a sua atuação, se dela houver resultado alguma vantagem ao comitente. A mesma regra vale para os casos em que, não admitindo demora a realização do negócio, o comissário agiu de acordo com os usos locais (art. 695, parágrafo único, do CC).

O comissário é obrigado, no desempenho das suas incumbências, a agir com cuidado e diligência, não só para evitar qualquer prejuízo ao comitente, mas ainda para lhe proporcionar o lucro que razoavelmente se podia esperar do negócio (art. 696 do CC).

A obrigação do comissário é, portanto, uma obrigação de meio ou diligência, estando ele sujeito à responsabilidade subjetiva ou culposa. Isso é confirmado pelo parágrafo único do comando legal

em questão, pelo qual responderá o comissário, salvo motivo de força maior, por qualquer prejuízo que, por ação ou omissão, ocasionar ao comitente. Apesar da falta de menção, o caso fortuito (evento totalmente imprevisível) é excludente da responsabilidade do comissário. Primeiro, porque exclui o nexo de causalidade. Segundo, porque constitui um evento de maior amplitude do que a força maior (evento previsível, mas inevitável). Terceiro, porque há entendimento que considera caso fortuito e força maior expressões sinônimas.

A responsabilidade contratual subjetiva do comissário ainda pode ser retirada do art. 697 do CC, pelo qual o comissário não responde pela insolvência das pessoas com quem tratar, exceto em caso de culpa.

Porém, se no contrato de comissão constar a cláusula *del credere*, responderá o comissário solidariamente com as pessoas com que houver tratado em nome do comitente, caso em que, salvo estipulação em contrário, o comissário terá direito a remuneração mais elevada, para compensar o ônus assumido (art. 698 do CC). Interpretando o art. 1.736 do Código Civil Italiano, que influencia o dispositivo brasileiro, comentam Giorgio Cian e Alberto Trabuchi que a cláusula *del credere* é o pacto que gera a responsabilidade agravada e direta do comissário.[60] Anote-se que, no contrato de representação comercial autônoma, a cláusula *del cedere* é vedada (art. 43 da Lei 4.886/1965). Além de ser considerada nula, a inserção da cláusula pode motivar a rescisão contratual (nesse sentido, ver: TJRS, Acórdão 70025966771, São Leopoldo, 15.ª Câmara Cível, Rel. Des. Paulo Roberto Félix, j. 17.06.2009, *DOERS* 02.07.2009, p. 117).

Em regra, presume-se que o comissário é autorizado a conceder dilação do prazo para pagamento por terceiros, na conformidade dos usos do lugar onde se realizar o negócio, se não houver instruções diversas do comitente (art. 699 do CC). A presunção, por razões óbvias, é relativa (*iuris tantum*), admitindo previsão em contrário, ou seja, a proibição da concessão de prazo.

Por outro lado, se houver instruções do comitente proibindo prorrogação de prazos para pagamento por terceiros, ou se a prorrogação não for conforme os usos locais, poderá o comitente exigir que o comissário pague imediatamente os valores devidos ou responda pelas consequências da dilação concedida (art. 700 do CC). A mesma regra deve ser aplicada se o comissário não der ciência ao comitente dos prazos concedidos e de quem é seu beneficiário.

Como exposto, o contrato de comissão é oneroso, devendo o comissário ser remunerado pela sua atuação. Lembra Araken de Assis que "em geral, os parceiros fixam um percentual sobre o produto bruto do negócio, porque, do contrário, poder-se-ia chegar a uma contraprestação irrisória, e, portanto, desestimulante para o comissário. Admite-se a fixação de um valor fixo e invariável e, também, a participação nos lucros, com ou sem repartição das despesas, o que não desnatura a comissão".[61] Essa remuneração recebe o mesmo nome do contrato: *comissão*. Entretanto, se no contrato não estiver estipulada a remuneração devida ao comissário, será ela arbitrada segundo os usos correntes no lugar.

Para manter o *sinalagma obrigacional*, no caso de morte do comissário, ou, quando, por motivo de força maior, não puder ele concluir o negócio, será devida pelo comitente uma remuneração proporcional aos trabalhos realizados (art. 702 do CC). Consigne-se que no caso de morte do comissário, como o contrato é personalíssimo, ocorrerá a sua extinção por *cessação contratual*.

Para evitar o enriquecimento sem causa, mesmo que o comissário tenha motivado a sua dispensa, terá ele direito a ser remunerado pelos serviços úteis prestados ao comitente, ressalvado a este o direito de exigir daquele os prejuízos sofridos (art. 703 do CC). O dispositivo não elucida quais sejam os *serviços úteis*. Acreditamos tratar-se de uma cláusula geral, um conceito legal indeterminado, a ser preenchido pelo aplicador do Direito caso a caso. Para esse preenchimento, entra em cena a análise do contrato de acordo com o contexto social (função social).

Determina o art. 704 do CC que, em regra, pode o comitente, a qualquer tempo, alterar as instruções dadas ao comissário, entendendo-se por elas regidos também os negócios pendentes. Mas, conforme consagra o próprio dispositivo, é possível previsão em contrário, ou seja, cláusula que não autoriza essa alteração unilateral. Isso evidencia que o comando legal é preceito de ordem privada, podendo ser contrariado por convenção entre as partes, pela autonomia privada.

Sendo o comissário despedido sem justa causa, terá direito a ser remunerado pelos trabalhos prestados, bem como a ser ressarcido pelas perdas e danos resultantes de sua dispensa (art. 705 do CC). Deve-se considerar a expressão *justa causa* como sendo uma cláusula geral, a ser preenchida pelo juiz caso a caso.

Quanto aos deveres das partes, enuncia o art. 706 do CC que tanto o comitente quanto o comissário são obrigados a pagar juros um ao outro. O comitente é obrigado a pagar pelo que o comissário houver adiantado para o cumprimento de suas ordens; enquanto que o comissário se encarrega das despesas decorrentes da mora na entrega dos fundos que pertencerem ao comitente. Esses juros podem ser *convencionais*, fixados pelas partes. Não havendo previsão, aplica-se o art. 406 do Código em vigor. A ação para cobrança desses juros prescreverá em três anos, conforme o art. 206, § 3.º, III, do Código em vigor.

Para encerrar o estudo da comissão, prevê o art. 709 do CC que devem ser aplicadas, no que couber, as regras previstas para o mandato. Apesar de serem institutos diversos, o dispositivo reconhece a *aplicação residual* das regras do mandato, conforme previa anteriormente o art. 190 do Código Comercial.

6.12 DA AGÊNCIA E DISTRIBUIÇÃO (ARTS. 710 A 721 DO CC)

Pelo contrato de *agência*, uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculos de dependência, a obrigação de promover, à conta de outrem e mediante retribuição, a realização de

certos negócios, em zona determinada. Caracteriza-se a *distribuição* quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada (art. 710 do CC).

Interpretando o que consta da lei, ensina José Maria Trepat Cases: "Contrato de agência é contrato pelo qual uma pessoa obriga-se, mediante retribuição, sem relação de emprego, a praticar negócios jurídicos, à conta e ordem de outra pessoa, em caráter não eventual".[62] Leciona ainda o jurista que "o contrato de agência muito se assemelha ao contrato de representação comercial, mas tal semelhança não os iguala. Alguns dispositivos poderão ser comuns; outros, entretanto, serão específicos para cada uma das modalidades contratuais, que objetivam negócios diversos. Note-se que vários são os doutrinadores que adotam como semelhantes as denominações: agente ou representante comercial e, ainda, contrato de agência ou representação comercial". Essa similaridade pode ser percebida pelo parágrafo único do art. 710, segundo o qual "o proponente pode conferir poderes ao agente para que este o represente na conclusão dos contratos".

Pois bem, a doutrina critica o fato de o CC/2002 ter tratado a agência e a distribuição de forma unificada. Para o próprio José Maria Trepat Cases a diferenciação de ambos os contratos não é tão simples assim, especificamente como consta do art. 710 do CC, ou seja, somente pelo fato de o distribuidor ter à sua disposição a coisa a ser negociada. Ensina o jurista que:

> "A distribuição é modalidade contratual recente, de concepção estrutural da economia moderna. A distribuição é a contratação voltada para otimizar a produção e circulação de bens, aproximando o produtor do consumidor, por intermédio do distribuidor. A distribuição engloba de forma orgânica e coordenada a figura do colaborador-intermediário (distribuidor) e o produtor, numa integração vertical, segundo Roberto Baldi".[63]

Tentando elucidar a questão, na *I Jornada de Direito Comercial*, evento promovido pelo Conselho da Justiça Federal em 2012, aprovou-se enunciado doutrinário estabelecendo que o contrato de distribuição previsto no art. 710 do Código Civil é, de fato, uma modalidade de agência. Isso porque o agente atua como mediador ou mandatário do preponente e faz *jus* à remuneração devida por este correspondente aos negócios concluídos em sua zona ou área de atuação. Ato contínuo, estabelece a proposta que no contrato de distribuição autêntico, o distribuidor comercializa diretamente o produto recebido do fabricante ou fornecedor e seu lucro resulta das vendas que faz por sua conta e risco (Enunciado n. 31). Destaque-se que o enunciado é de autoria do Professor Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Quanto ao contrato de agência, trata-se de contrato bilateral, oneroso, consensual, comutativo, personalíssimo e informal. Constitui contrato de trato sucessivo, pois as obrigações devem ser cumpridas de forma periódica no tempo. O contrato de distribuição possui as mesmas características, ou seja, a mesma natureza jurídica.

Nos dois casos, são *contratos de exclusividade*, em regra, o que ressalta os seus intuitos

personalíssimos ou *intuitu personae*. Nesse sentido, o art. 711 do CC enuncia que, salvo ajuste em contrário, o proponente, ou representado, não pode constituir, ao mesmo tempo, mais de um agente, na mesma zona, com idêntica incumbência. A norma tem relação direta com a boa-fé objetiva, conforme a jurisprudência (TJSP, Apelação 1164259-0, Acórdão 2635834, São Paulo, 19.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ricardo Negrão, j. 29.04.2008, *DJESP* 24.06.2008).

Por outro lado, ressaltando a sua bilateralidade, não pode o agente assumir o encargo de nela tratar de negócios do mesmo gênero, à conta de outros proponentes.

Além disso, o agente, no desempenho que lhe foi cometido, deve agir com toda diligência, atendo-se às instruções recebidas do proponente ou representado (art. 712 do CC). Isso, sob pena de caracterização do descumprimento contratual, a gerar a sua resolução com perdas e danos. Em regra, todas as despesas com a agência ou distribuição correm a cargo do agente ou distribuidor, que age por conta própria, salvo estipulação em contrário (art. 713 do CC).

O agente ou distribuidor terá direito à remuneração correspondente aos negócios concluídos dentro de sua zona, ainda que sem a sua interferência. Essa remuneração, prevista no art. 714 da codificação, é denominada *comissão*.

A remuneração será devida ao agente também quando o negócio deixar de ser realizado por fato imputável ao proponente ou representado (art. 716 do CC). Esse fato imputável é motivo para a resolução do contrato por inexecução voluntária do representado ou proponente. O pagamento da remuneração não afasta a reparação das perdas e danos sofridos pelo agente.

Além disso, se o proponente, sem justa causa, cessar o atendimento das propostas e reduzir o atendimento a ponto de tornar antieconômica a continuação do contrato, o agente ou distribuidor terá direito à indenização (art. 715 do CC). O dispositivo trata de um caso de deslealdade do proponente, a gerar a resolução do negócio e a aplicação do princípio da reparação integral dos danos.

Ainda no que concerne ao descumprimento do contrato, duas regras deverão ser observadas:

1.ª Regra – Mesmo quando dispensado por justa causa, terá o agente direito a ser remunerado pelos serviços úteis prestados ao proponente, sem embargo de haver este perdas e danos pelos prejuízos sofridos (art. 717 do CC).

2.ª Regra – Se a dispensa se der sem culpa do agente (sem justa causa), terá ele direito à remuneração até então devida, inclusive sobre os negócios pendentes, além das indenizações previstas em lei especial (art. 718 do CC).

Preconiza ainda o Código Civil de 2002 que se o agente não puder continuar o trabalho por motivo de força maior, terá direito à remuneração correspondente aos serviços realizados, cabendo esse direito aos herdeiros no caso de morte (art. 719 do CC).

O art. 720 do Código em vigor trata da resilição unilateral para o contrato em questão, prevendo

que "Se o contrato for por tempo indeterminado, qualquer das partes poderá resolvê-lo, mediante aviso prévio de noventa dias, desde que transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto do investimento exigido do agente". Apesar de a lei falar em *resolução*, trata-se de um direito potestativo da parte, havendo *resilição*, nos termos do art. 473 do CC. Portanto, houve aqui um descuido do legislador, o que foi reconhecido por outros juristas contemporâneos.[64]

Aliás, o art. 720 do CC deve ser entendido com íntima relação com o art. 473, parágrafo único, do CC, pelo qual a *resilição unilateral* pode ser afastada se uma parte tiver feito investimentos consideráveis no contrato, hipótese em que o contrato deve ser prorrogado de acordo com a natureza e o vulto dos investimentos. Ambos os dispositivos trazem como conteúdo o princípio da conservação do contrato, que mantém íntima relação com a função social (Enunciado n. 22 do CJF/STJ). Aplicando a ideia, da jurisprudência:

> "Contrato de distribuição. Prazo de aviso-prévio. Dilação pelo Poder Judiciário. Possibilidade. Antecipação dos efeitos da tutela. Requisitos preenchidos. 1. Presentes os requisitos do art. 273 do CPC, cabível a antecipação dos efeitos da tutela, dilatando-se o prazo de aviso prévio do contrato de distribuição havido entre as partes. 2. Nos termos do parágrafo único do art. 720 do Código Civil de 2002, é lícito ao Poder Judiciário dilatar o prazo de aviso prévio do contrato de distribuição, de modo a compatibilizá-lo com a natureza e o vulto dos investimentos realizados para sua execução. 3. Provimento em parte do recurso". (TJRS, Agravo de instrumento n. 70022003586, Pelotas, Quinta Câmara Cível, Rel. Des. Paulo Sérgio Scarparo, j. 12.12.2007, *DOERS* 18.12.2007, p. 40).

No caso de prorrogação do contrato, havendo divergência entre as partes, quanto ao prazo de alongamento e ao valor da remuneração devida, o juiz decidirá com razoabilidade e equidade (art. 720, parágrafo único, do CC), o que constitui mais uma confirmação da conservação contratual.

Para findar a abordagem do negócio em questão, devem ser aplicadas ao contrato de agência e distribuição, no que couberem, as regras concernentes ao mandato e à comissão e as constantes de lei especial (art. 721 do CC). A aplicação residual, mais uma vez, justifica-se pela similaridade entre os contratos. Como lei especial, poderá incidir a Lei da Representação Comercial (Lei 4.886/1965, com as alterações introduzidas pela Lei 8.420/1992).

6.13 DA CORRETAGEM (ARTS. 722 A 729 DO CC)

O CC/2002 conceitua o contrato de corretagem no art. 722, sendo este o negócio jurídico pelo qual uma pessoa (o corretor ou intermediário), não ligada a outra em virtude de mandato, de prestação de serviços ou por qualquer relação de dependência, obriga-se a obter para a segunda um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas. A pessoa que busca o serviço do corretor é denominada *comitente*.

A atuação do corretor ou intermediário é comum na venda de imóveis, bem como na venda de

mercadorias e ações na Bolsa de Valores, sendo regulamentada por normas específicas. Nesse sentido, a doutrina aponta duas grandes categorias de corretores: os oficiais e os livres.[65] Vejamos:

– Os corretores oficiais gozam de fé pública, havendo seis classes apontadas pela doutrinada citada: *a)* fundos públicos; *b)* mercadorias; *c)* navios; *d)* operações de câmbio; *e)* seguros; *f)* valores.
– Os corretores livres não dependem de qualquer investidura oficial, "tendo como único pressuposto a capacidade civil, além da submissão à legislação corporativa, que regulamenta a profissão, através dos Conselhos Federais e Regionais, habilitando-os para o exercício profissional", conforme ensina Gustavo Tepedino.[66] É o caso do corretor de imóveis, cuja atividade é disciplinada pela Lei 6.530/1978, regulamentada pelo Decreto 81.871/1978.

Em algumas hipóteses fáticas debate-se a licitude do conteúdo da corretagem, como na *corretagem matrimonial*, em que há a aproximação de um casal efetuada por terceiro. Como bem aponta Sílvio de Salvo Venosa, "A tendência moderna nela é não ver ilicitude nessa atividade crescente, desde que conduzida dentro dos princípios éticos e morais. Desvios que tangenciam a ilicitude ou frontalmente transgridem o ordenamento podem ocorrer em qualquer atividade".[67] Essa também é a posição do presente autor.

Quanto à sua natureza jurídica, o contrato de comissão é bilateral (*sinalagmático*), oneroso e consensual. O contrato é acessório, pois depende de um outro negócio para existir, qual seja, um contrato principal celebrado no interesse do comitente. É aleatório, pois envolve a álea, o risco, particularmente a celebração desse negócio principal.[68] O contrato é ainda informal, não sendo exigida sequer a forma escrita.

O art. 723 do CC/2002 foi recentemente alterado pela Lei 12.236/2010, vejamos a redação anterior e a atual:

Redação anterior	**Redação atual**
Art. 723. O corretor é obrigado a executar a mediação com a diligência e prudência que o negócio requer, prestando ao cliente, espontaneamente, todas as informações sobre o andamento dos negócios; deve, ainda, sob pena de responder por perdas e danos, prestar ao cliente todos os esclarecimentos que estiverem ao seu alcance, acerca da segurança ou risco do negócio, das alterações de valores e do mais que possa influir nos resultados da incumbência.	Art. 723. O corretor é obrigado a executar a mediação com diligência e prudência, e a prestar ao cliente, espontaneamente, todas as informações sobre o andamento do negócio. Parágrafo único. Sob pena de responder por perdas e danos, o corretor prestará ao cliente todos os esclarecimentos acerca da segurança ou do risco do negócio, das alterações de valores e de outros fatores que possam influir nos resultados da incumbência.

Como se pode notar, não houve alteração no conteúdo do texto, mas apenas uma adaptação à Lei Complementar 95/1998, que trata da elaboração de leis. Foi inserido um parágrafo único na redação para que a norma ficasse melhor organizada e redigida. Em suma, a alteração não tem qualquer utilidade prática na opinião deste autor, pois a responsabilidade civil do corretor já era ampliada pela incidência da boa-fé objetiva.

Na verdade, o que o texto consagra é a obrigação do corretor de executar o contrato com a

diligência e prudência necessárias, prestando ao cliente, espontaneamente, todas as informações sobre o andamento dos negócios (obrigação de meio ou diligência). O corretor deve, ainda, prestar ao cliente todos os esclarecimentos que estiverem ao seu alcance, acerca da segurança ou riscos do negócio, das alterações de valores e de tudo mais que possa influir nos resultados da incumbência, sob pena de responder por perdas e danos. Tal prestação deve se pautar pelo agir honestamente próprio da boa-fé objetiva. O desrespeito a tais deveres gera a resolução do contrato, com perdas e danos.

A remuneração a que faz *jus* o corretor é também denominada *comissão*, podendo esta ser fixa, variável ou mista, assim como ocorre com a representação comercial. Expressa o art. 724 do CC que se esta remuneração não estiver fixada em lei, nem ajustada entre as partes, será arbitrada segundo a natureza do negócio e os usos locais.

O art. 725 do CC/2002 traz regra de relevância prática. Prevê tal dispositivo que "a remuneração é devida ao corretor uma vez que tenha conseguido o resultado previsto no contrato de mediação, ou ainda que este não se efetive em virtude de arrependimento das partes". Sobre essa regra, posicionou-se por diversas vezes a nossa jurisprudência.

De início, é notório o julgado do STJ, pelo qual o corretor tem direito à remuneração mesmo tendo sido realizado o negócio por ele intermediado após o prazo do contrato de corretagem (REsp 29.286/RJ, 4.ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 27.04.1993, *DJ* 31.05.1993, p. 10.672).

Outra ementa, do mesmo STJ, considerou devida a remuneração mesmo não havendo contrato escrito, o que confirma a tese pela qual o contrato é informal (REsp 8.216/MG, 4.ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 27.08.1991, *DJ* 30.09.1991, p. 13.490; *REVJUR* vol. 173, p. 31, *RT* vol. 680, p. 202). O julgado conclui que não interessa se o negócio será desfeito, posteriormente, pelas partes. O que se remunera é a *utilidade* da atuação do corretor ao aproximar as partes e o respeito aos deveres que lhe são inerentes. Nessa *utilidade* é que está a *finalidade* do negócio jurídico em questão.

Todavia, em outra decisão mais recente, entendeu o Superior Tribunal de Justiça pela inexistência de resultado útil, a afastar a remuneração do corretor, pelo fato de a parte ter *desistido* da compra de um imóvel. O acórdão demonstra que há divergência naquele Tribunal Superior quanto à diferenciação entre a desistência do contrato e o arrependimento pelas partes. Vejamos:

> "Civil. Recurso especial. Contrato de corretagem. Alienação de empresa. Proposta aceita pelo comprador. Desistência posterior. Resultado útil não configurado. Comissão indevida. Nos termos do entendimento do STJ, a comissão de corretagem só é devida se ocorre a conclusão efetiva do negócio e não há desistência por parte dos contratantes. É indevida a comissão de corretagem se, mesmo após a aceitação da proposta, o comprador se arrepende e desiste da compra. Recurso especial provido" (REsp 753.566/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 17.10.2006, *DJ* 05.03.2007, p. 280).

Cabe, ainda, colacionar aresto da mesma Corte Superior, no sentido de que a remuneração é devida mesmo em havendo inadimplemento posterior de uma das partes, pois o que é fundamental é o resultado útil de aproximação dos negociantes.

Conforme a decisão, "ainda que o negócio jurídico de compra e venda de imóvel não se concretize em razão do inadimplemento do comprador, é devida comissão de corretagem no caso em que o corretor tenha intermediado o referido negócio jurídico, as partes interessadas tenham firmado contrato de promessa de compra e venda e o promitente comprador tenha pagado o sinal. (...) A realização de um negócio jurídico de compra e venda de imóvel é um ato complexo, que se desmembra em diversas fases – incluindo, por exemplo, as fases de simples negociação, de celebração de contrato de promessa de compra e venda ou de pagamento de arras – até alcançar sua conclusão com a transmissão do imóvel, quando do registro civil do título imobiliário no respectivo Cartório de Registro, nos termos do art. 1.227 do CC/2002. Nesse contexto, somente com a análise, no caso concreto, de cada uma dessas fases, é possível aferir se a atuação do corretor foi capaz de produzir um resultado útil para a percepção da remuneração de que trata o art. 725 do CC/2002. Assim, para o efeito de tornar devida a remuneração a que faz jus o corretor, a mediação deve corresponder somente aos limites conclusivos do negócio jurídico, mediante acordo de vontade entre as partes, independentemente da execução do próprio negócio. A inadimplência das partes, após a conclusão deste, mesmo que acarrete a rescisão contratual, não repercute na pessoa do corretor" (STJ, REsp 1.339.642/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 12.03.2013, publicada no seu *Informativo* n. *518*).

Pois bem, diante de todas essas interpretações e tentando elucidar o teor do art. 725 do CC, na *I Jornada de Direito Comercial*, evento promovido pelo Conselho da Justiça Federal no ano de 2012, aprovou-se interessante enunciado, proposto pelo Professor Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ).

De acordo com a proposta doutrinária, o pagamento da comissão de corretagem entre empresários pode ser condicionado à celebração do negócio previsto no contrato ou à mediação útil ao cliente, conforme os entendimentos prévios entre as partes. Em complemento, estabelece o enunciado doutrinário que, na ausência de ajuste ou previsão contratual, o cabimento da comissão deve ser analisado no caso concreto, à luz do princípio da boa-fé objetiva e da vedação ao enriquecimento sem causa (Enunciado n. 36).

Pois bem, complementando a relevância da utilidade da atuação do corretor, dispõe o art. 726 do CC que, sendo iniciado e concluído o negócio diretamente entre as partes, sem a atuação do corretor, nenhuma remuneração será devida a este. No entanto, se por escrito tiver sido ajustada a corretagem com exclusividade – por meio do instrumento que se denomina *opção* –, terá o corretor direito à remuneração integral, ainda que realizado o negócio sem a sua mediação. Mas essa remuneração não será devida se comprovada a inércia ou ociosidade do corretor. *Inércia* e

ociosidade são conceitos indeterminados que devem ser analisados de acordo com o caso concreto, constituindo, sem dúvida, duas cláusulas gerais com praticidade indiscutível. Obviamente, o ônus de sua prova cabe a quem as alega.

Na hipótese em que, não havendo prazo determinado para a atuação do corretor, o dono do negócio o dispensar, realizando o negócio posteriormente como fruto da mediação, a corretagem será devida. Essa a justa regra constante do art. 727 do CC, visando mais uma vez à utilidade da atuação do corretor. Igual solução se adotará se o negócio se realizar após o decurso do prazo contratual, mas por efeito dos trabalhos do corretor. O dispositivo protege o corretor de boa-fé.

Em havendo *corretagem conjunta*, com mais de um corretor, a remuneração será paga a todos em partes iguais, salvo ajuste em contrário (art. 728 do CC). O dispositivo possibilita que as remunerações sejam distintas, de acordo com os atributos profissionais de cada corretor e as suas atuações no caso concreto.

Encerrando o estudo do tema, anote-se que os preceitos sobre corretagem constantes do CC/2002 não excluem a aplicação de outras normas da legislação especial, caso das normas que trazem da corretagem imobiliária (art. 729).

6.14 DO TRANSPORTE (ARTS. 730 A 756 DO CC)

6.14.1 Conceito e natureza jurídica

Trata-se do contrato pelo qual alguém (o transportador) se obriga, mediante uma determinada remuneração, a transportar, de um local para outro, pessoas ou coisas, por meio terrestre (rodoviário e ferroviário), aquático (marítimo, fluvial e lacustre) ou aéreo (art. 730 do CC). Aquele que realiza o transporte é o *transportador*, a pessoa transportada é o *passageiro* ou *viajante*, enquanto a pessoa que entrega a coisa a ser transportada é o *expedidor*. O que identifica o contrato é uma obrigação de resultado do transportador, diante da *cláusula de incolumidade* de levar a pessoa ou a coisa ao destino, com total segurança.

Ao contrato de transporte aplica-se o Código Civil e, havendo uma relação jurídica de consumo, como é comum, o CDC (Lei 8.078/1990). Desse modo, deve-se buscar um *diálogo das fontes* entre as duas leis no que tange a esse contrato, sobretudo o *diálogo de complementaridade*. Além disso, não se pode excluir a aplicação de leis específicas importantes, como é o caso do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565/1986).

Quanto à sua natureza jurídica, o contrato de transporte é bilateral ou *sinalagmático*, pois gera direitos e deveres proporcionais para ambas as partes. Isso tanto para o transportador (que deverá conduzir a coisa ou pessoa de um lugar para outro) quanto para o passageiro ou expedidor (que terá a

obrigação de pagar o preço convencionado pelas partes).

O contrato é consensual, pois tem aperfeiçoamento com a manifestação de vontades dos contraentes, independentemente da entrega da coisa ou do embarque do passageiro. O contrato é comutativo, pois as partes sabem de imediato quais são as suas prestações. A *álea* não é fator determinante do contrato de transporte, apesar de existente o risco.

Na grande maioria das vezes, o contrato constitui-se em um típico contrato de adesão, por não estar presente a plena discussão das suas cláusulas. O transportador acaba por impor o conteúdo do negócio, restando à outra parte duas opções: aceitar ou não os seus termos. Assumindo o contrato essa forma, deverão ser aplicadas as normas de proteção do aderente constantes do CC/2002 (arts. 423 e 424). Em alguns casos excepcionais, principalmente quando o expedidor de uma coisa for uma empresa, o contrato pode ser plenamente discutido, assumindo a forma paritária.

Por fim, como não há qualquer formalidade prevista para o contrato, o mesmo é tido como negócio informal e não solene. Não se exige forma escrita, muito menos escritura pública.

6.14.2 Regras gerais do transporte no CC/2002

Iniciando a análise das regras gerais previstas para o contrato de transporte, enuncia o art. 731 do CC "o transporte exercido em virtude de autorização, permissão ou concessão, rege-se pelas normas regulamentares e pelo que foi estabelecido naqueles atos, sem prejuízo do disposto neste Código". Dessa forma, haverá a aplicação concomitante das normas de Direito Administrativo, particularmente aquelas relacionadas à concessão do serviço público, com as normas previstas no CC/2002. Anote-se, ademais, que o serviço público também é considerado um serviço de consumo, nos termos do art. 22 do CDC. A título de exemplo, haverá relação de consumo entre passageiro e empresa privada prestadora do serviço público de transporte (nesse sentido, ver: STJ, REsp 226.286/RJ, 1999/0071157-2, *DJ* 24.09.2001, *RSTJ* 151/197).

Além dessa relação com o Direito Administrativo, o CC/2002 consagra uma relação com o Direito Internacional. Segundo o art. 732 do CC, serão aplicadas as normas previstas na legislação especial e em tratados e convenções internacionais ao contrato de transporte, desde que as mesmas não contrariem o que consta da codificação vigente. Ilustrando, no caso de transporte aéreo, pode ser aplicado o Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA – Lei 7.656/1986), desde que o mesmo não entre em conflito com o CC/2002.

O dispositivo em questão merece alguns comentários, diante da sua grande relevância prática.

A ilustrar a aplicação desse comando legal, lembre-se a questão envolvendo a Convenção de Varsóvia e a Convenção de Montreal, tratados internacionais dos quais nosso país é signatário e que preveem limitações de indenização em casos de perda ou atraso de voo e extravio de bagagem em

viagens internacionais (transporte aéreo). A Convenção de Varsóvia, que sempre teve no Brasil força de lei ordinária, era – e continua sendo – utilizada pelas companhias aéreas como justificativa para a redução das indenizações pretendidas pelos passageiros. Anote-se que o Brasil é signatário ainda da Convenção de Montreal e esta entrou em vigor no país no ano de 2006, em substituição ao primeiro tratado.

Como é cediço, o art. 6.º, VI, da Lei 8.078/1990 consagra o *princípio da reparação integral de danos*, pelo qual tem direito o consumidor ao ressarcimento integral pelos prejuízos materiais e imateriais causados pelo fornecimento de produtos, prestação de serviços ou má informação a eles relacionados. Assim, é vedado qualquer tipo de tarifação prevista, seja pelo entendimento jurisprudencial, seja por Convenção Internacional. Seguindo essa linha, o Superior Tribunal de Justiça conclui que a Convenção de Varsóvia não deve prevalecer sobre a Lei Consumerista (por todos: STJ, REsp 740.968/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4.ª Turma, j. 11.09.2007, *DJ* 12.11.2007, p. 221).

Ainda pode surgir uma outra dúvida em relação ao art. 732: qual a relação entre o CDC e o Código Civil no que tange ao transporte, uma vez que o art. 732 do CC/2002 enuncia que os tratados não podem prevalecer em relação ao CC, o mesmo ocorrendo em relação às leis especiais? Respondendo, essa relação decorre da aplicação da tese do *diálogo das fontes*, que busca uma complementaridade entre as duas leis, visando proteger o consumidor, a parte vulnerável da relação contratual. Em suma, o art. 732 do CC não prejudica a aplicação do CDC, havendo uma relação jurídica de consumo no contrato de transporte. Nesse sentido, na *IV Jornada de Direito Civil* foi aprovado o Enunciado n. 369 do CJF/STJ:

> "Diante do preceito constante no art. 732 do Código Civil, teleologicamente e em uma visão constitucional de unidade do sistema, quando o contrato de transporte constituir uma relação de consumo, aplicam-se as normas do Código de Defesa do Consumidor que forem mais benéficas a este".

Em complemento, para a ampla aplicação do CDC ao transporte aéreo, merece destaque a argumentação desenvolvida por Marco Fábio Morsello, no sentido de que a norma consumerista sempre deve prevalecer, por seu caráter mais especial, tendo o que ele denomina como *segmentação horizontal*. De outra forma, sustenta que a matéria consumerista é agrupada pela função e não pelo objeto.[69] Por fim, para a prevalência do Código Consumerista, é interessante a sua tese no sentido de que a proteção dos consumidores tem força normativa constitucional, pela previsão do art. 5.º, XXXII, da CF/1988.[70]

Esclarecida a prevalência do CDC, o art. 733 do CC trata do *transporte cumulativo*, ou seja, aquele em que vários transportadores se obrigam a cumprir o contrato por um determinado percurso. Em complemento, o art. 756 dispõe que no transporte cumulativo todos os transportadores respondem solidariamente. A regra deve ser aplicada tanto para o transporte de pessoas quanto de coisas. Em

casos tais, havendo danos a pessoas ou a coisas, haverá responsabilidade objetiva, pois a obrigação de cada transportador é de resultado (*cláusula de incolumidade*).

Em havendo dano resultante do atraso ou da interrupção da viagem, este será determinado em razão da totalidade do percurso, diante da indivisibilidade da obrigação dos transportadores (art. 733, § 1.º, do CC). Ocorrendo a substituição de um transportador por outro nessa mesma forma de contratação, a responsabilidade solidária também será estendida ao substituto (art. 733, § 2.º, do CC). Nesse último caso, há o que a doutrina denomina como *contratação de subtransporte*.[71]

6.14.3 Do transporte de pessoas

O transporte de pessoas é aquele pelo qual o transportador se obriga a levar uma pessoa e a sua bagagem até o destino, com total segurança, mantendo incólume os seus aspectos físicos e patrimoniais. São partes no contrato o *transportador*, que é aquele que se obriga a realizar o transporte, e o *passageiro*, aquele que contrata o transporte, ou seja, aquele que será transportado mediante o pagamento do preço, denominado *passagem*.

Repise-se que a obrigação assumida pelo transportador é sempre de resultado, justamente diante dessa *cláusula de incolumidade*, o que fundamenta a sua responsabilização independentemente de culpa, em caso de prejuízo (responsabilidade objetiva). Essa responsabilidade objetiva é evidenciada pelo art. 734 do CC, que preconiza que o transportador somente não responde nos casos de força maior (evento previsível, mas inevitável). O caso fortuito (evento totalmente imprevisível) do mesmo modo constitui excludente, até porque muitos doutrinadores e a própria jurisprudência consideram as duas expressões como sinônimas (ver: STJ, REsp 259.261/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4.ª Turma, j. 13.09.2000, *DJ* 16.10.2000, p. 316).

Ainda a respeito do art. 734, *caput*, do CC, o dispositivo não admite como excludente de responsabilidade a *cláusula de não indenizar* (*cláusula excludente de responsabilidade* ou *cláusula de irresponsabilidade*), previsão contratual inserida no instrumento do negócio que afasta a responsabilidade da transportadora. Repise-se, conforme exposto no Capítulo 4 desta obra, que o comando apenas confirma o entendimento jurisprudencial anterior, consubstanciado na Súmula 161 do STF ("Em contrato de transporte é inoperante a cláusula de não indenizar"). A referida súmula pode até parecer desnecessária atualmente, mas não o é, podendo ser invocada para os casos de transporte de coisas, eis que o art. 734 do CC trata apenas do transporte de pessoas.

O parágrafo único do art. 734 do CC merece maiores digressões, *in verbis*: "É lícito ao transportador exigir a declaração do valor da bagagem a fim de fixar o limite da indenização". O dispositivo visa a valorizar a boa-fé objetiva no contrato de transporte, particularmente quanto ao dever do passageiro de informar o conteúdo da sua bagagem para que o transportador possa prefixar

eventual valor indenizatório.

Dúvida resta quanto à incompatibilidade desse dispositivo em relação ao CDC na hipótese de existir relação de consumo no contrato de transporte, eis que o art. 6.º, VI, consagra o *princípio da reparação integral de danos*, o que afasta qualquer possibilidade de tarifação da indenização, inclusive por contrato.

Deve-se entender que o art. 734 do CC não torna obrigatória ao consumidor-passageiro a referida declaração. Na verdade, o dispositivo enuncia que é lícito exigir a declaração do valor da bagagem, visando facilitar a prova do prejuízo sofrido em eventual demanda. Não sendo feita a referida declaração, torna-se difícil comprovar o que está dentro da bagagem. Anote-se, todavia, que pode o consumidor utilizar-se da inversão do ônus da prova, prevista no art. 6.º, VIII, do CDC (assim concluindo: STJ, REsp 696.408/MT, Rel. Min. Jorge Scartezzini, 4.ª Turma, j. 07.06.2005, *DJ* 29.05.2006, p. 254).

Estabelece o art. 735 da atual codificação que "a responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro contra qual tem ação regressiva". Relembre-se, conforme consta do Capítulo 3 deste livro, que essa redação segue a Súmula 187 do STF, que tinha exatamente a mesma redação. Ilustrando, o dispositivo e a súmula servem para responsabilizar as empresas aéreas por acidentes que causam a morte de passageiros. Mesmo havendo culpa exclusiva de terceiros, inclusive de agentes do Estado ou de pilotos de outras aeronaves, as empresas que exploram o serviço devem indenizar os familiares das vítimas, tendo ação regressiva contra os responsáveis. Assim, a aplicação do CC/2002 é até mais favorável aos consumidores do que o próprio CDC, eis que a Lei 8.078/1990 consagra a culpa exclusiva de terceiro como excludente de responsabilização na prestação de serviços (art. 14, § 3.º, II).

Mais uma vez retomando tema já exposto no Capítulo 3, relativamente ao transporte feito de forma gratuita, por amizade ou cortesia, popularmente denominado *carona*, não se subordina às normas do contrato de transporte (art. 736, *caput*, do CC). O dispositivo está sintonizado com a Súmula 145 do STJ, pela qual: "No transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave".

Reafirme-se que, na opinião deste autor, no transporte por cortesia, não há responsabilidade contratual objetiva daquele que dá a carona. A responsabilidade deste é extracontratual, subjetiva, dependendo da prova de culpa. Entendemos, porém, que a parte final da referida súmula deve ser revista, pois a responsabilidade surge presente a culpa em qualquer grau. Na realidade, o dolo ou a culpa grave somente servem como parâmetros para a fixação da indenização. Consigne-se, contudo, que o STJ ainda vem aplicando a súmula em sua redação original (REsp 153.690/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4.ª Turma, j. 15.06.2004, *DJ* 23.08.2004, p. 238).

Complementando, não se considera gratuito o transporte quando, embora feito sem remuneração, trouxer ao transportador *vantagens indiretas* (art. 736, parágrafo único, do CC). Nesses casos, a responsabilidade daquele que transportou outrem volta a ser contratual objetiva. Pode ser citado como *vantagens indiretas auferidas* o pagamento de combustível ou pedágio por aquele que é transportado.

Ainda podem ser citados, com encaixe perfeito na norma, os programas de milhagem ou de pontuação em companhias aéreas. A concretizar tal forma de pensar, volta-se ao Enunciado n. 559 do CJF/STJ, da *VI Jornada de Direito Civil* (2013), segundo o qual "no transporte aéreo, nacional e internacional, a responsabilidade do transportador em relação aos passageiros gratuitos, que viajarem por cortesia, é objetiva, devendo atender à integral reparação de danos patrimoniais e extrapatrimoniais".

O transportador está sujeito aos horários e itinerários previstos, sob pena de responder por perdas e danos, salvo motivo de força maior (*dever de pontualidade*). Essa é a regra constante do art. 737 do CC, que fundamenta eventual indenização no caso de atraso do transportador, o que faz que o passageiro perca um compromisso remunerado que tinha no destino. O dispositivo reforça a tese pela qual o transportador assume obrigação de resultado, a gerar a sua responsabilidade objetiva.

Complementando o dispositivo, os arts. 230 e 231 da Lei 7.565/1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica – CBA) preveem que havendo atraso de partida de voo por mais de quatro horas, o transportador deverá providenciar o embarque do passageiro, em outro voo, que ofereça serviço equivalente para o mesmo destino, ou restituirá de imediato, se o passageiro preferir, o valor do bilhete de passagem (art. 229 da Lei 7.565/1986).

Além disso, todas as despesas correrão por conta do transportador, tanto no caso de atraso quanto no de suspensão do voo, tais como alimentação e hospedagem, sem prejuízo da indenização que couber, inclusive por danos morais. Os comandos têm grande aplicação em nosso País, que viveu nos últimos anos momentos de *apagão aéreo*. Ilustrando a sua aplicação:

> "Responsabilidade civil. Transporte aéreo. Danos morais e materiais. Apagão aéreo. Atraso no voo. Cliente que, para honrar compromisso, seguiu para o destino no seu próprio carro, depois de ficar muitas horas na sala de embarque, sem explicação ou atendimento adequados. Caso fortuito ou força maior. Não reconhecimento da excludente. 'Fortuito interno'. Falha na prestação de serviço por omissão. Incidência do CDC. Reparação moral fixada em R$ 3.800,00, valor equivalente a dez salários mínimos. Manutenção. Princípios da razoabilidade e proporcionalidade atendidos. Valores relativos aos danos patrimoniais que devem ser corrigidos da data do prejuízo. Súmula nº 43 do Superior Tribunal de Justiça. Juros de mora. Termo inicial da citação. Honorários advocatícios mantidos. Respeito ao art. 20, § 3.º, do CPC. Recurso do autor parcialmente provido, não provido o da ré" (TJSP, Apelação 7256443-5, Acórdão 3462329, São Paulo, 24.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Antônio Ribeiro Pinto, j. 22.01.2009, *DJESP* 25.02.2009).

O art. 738 do Código Civil dispõe que "a pessoa transportada deve sujeitar-se às normas

estabelecidas pelo transportador, constantes no bilhete ou afixadas à vista dos usuários, abstendo-se da prática de quaisquer atos que causem incômodo ou prejuízo aos passageiros, danifiquem o veículo, dificultem ou impeçam a execução normal de serviço.” O comando legal em questão traz os deveres do passageiro. A título de exemplo, se os prepostos da transportadora perceberem que o passageiro pode oferecer riscos à viagem, haverá possibilidade de impedir a sua entrada no meio de transporte. É o caso de passageiros bêbados ou drogados que pretendem ingressar em voos nacionais ou internacionais.

Se o prejuízo sofrido por pessoa transportada for atribuível à transgressão de normas pelo próprio passageiro, o juiz reduzirá equitativamente a indenização, na medida em que a vítima houver concorrido para a ocorrência do dano (art. 738, parágrafo único, do CC). A norma em questão baseia-se nos arts. 944 e 945 do Código em vigor e na aplicação da *teoria da causalidade adequada*, pela qual a indenização deve ser adequada às condutas dos envolvidos (Enunciado n. 47 do CJF/STJ). Há a ideia de culpa ou fato concorrente da vítima, que também pode ser discutida em casos de responsabilidade objetiva, visando atenuar a responsabilidade do agente, diminuindo o valor do *quantum* indenizatório. Exemplificando, repise-se que a jurisprudência do STJ tem admitido a discussão de culpa concorrente da vítima no contrato de transporte, particularmente nos casos envolvendo o “pingente”, aquele que viaja pendurado no trem ou no ônibus (nesse sentido, ver: STJ, REsp 226.348/SP, Rel. Min. Castro Filho, 3.ª Turma, j. 19.09.2006, *DJ* 23.10.2006, p. 294).

Em complemento, o transportador não pode recusar passageiros, salvo nos casos previstos nos regulamentos, ou se as condições de higiene ou de saúde do interessado o justificarem (art. 739 do CC). Como há, na grande maioria das vezes, uma relação de consumo, recorde-se o teor do art. 39, II, do CDC, que considera prática abusiva não atender às demandas dos consumidores. Porém, Zeno Veloso traz comentários interessantes em relação ao dispositivo civil:

> “Embora este artigo não mencione expressamente, devem ser incluídas outras situações, como a do passageiro que se encontre em trajes menores, indecentemente, ou o que está completamente embriagado ou drogado, ou que porta, na cintura, de modo ostensivo, arma branca ou de fogo. Isso para não falar no viajante que forçou a entrada em ônibus interurbano, na rodovia Transamazônica, trazendo uma serpente enrolada no braço, alegando que a cobra venenosa era seu animal de estimação e que tinha de viajar em sua companhia”.[72]

O art. 740 trata da possibilidade de rescisão, ou mais especificamente, de resilição unilateral do contrato de transporte pelo passageiro. Esta será possível antes da viagem, desde que feita a comunicação ao transportador em tempo de a passagem poder ser renegociada. Anote-se que parte da doutrina, comentando o dispositivo, entende que se trata de um direito de arrependimento assegurado ao passageiro pela lei.[73] De qualquer forma, o comando deixa dúvidas, pois é utilizado o termo “rescindir”, que mais tem relação com a resilição unilateral, nos moldes do *caput* do art. 473 do CC.

Mesmo depois de iniciada a viagem, ou seja, no meio do percurso, é facultado ao passageiro

desistir do transporte, tendo direito à restituição do valor correspondente ao trecho não utilizado, desde que fique provado que outra pessoa haja sido transportada em seu lugar no percurso faltante (art. 740, § 1.º, do CC). Entretanto, se o usuário não embarcar, não terá direito, por regra, ao reembolso do valor da passagem, salvo se conseguir provar que uma outra pessoa foi transportada em seu lugar, caso em que lhe será restituído o valor do bilhete não utilizado (§ 2.º do art. 740 do CC).

Fica a ressalva, contudo, de que nas hipóteses de resilição unilateral o transportador terá direito à retenção de até cinco por cento (5%) da importância a ser restituída ao passageiro, a título de multa compensatória. Como se trata de cláusula penal, sendo esta exagerada – o que é difícil de ocorrer na prática –, pode-se aplicar a redução equitativa da multa (art. 413 do CC).

Preceitua o art. 741 do CC que, "interrompendo-se a viagem por qualquer motivo alheio à vontade do transportador, ainda que em consequência de evento imprevisível, fica ele obrigado a concluir o transporte contratado em outro veículo da mesma categoria, ou, com a anuência do passageiro, por modalidade diferente, à sua custa, correndo também por sua conta as despesas de estada e alimentação do usuário, durante a espera de novo transporte". Ilustrando, se em uma viagem de São Paulo a Passos, Minas Gerais, o ônibus *quebra* por problemas no motor, a empresa transportadora será obrigada a disponibilizar aos passageiros um outro ônibus para concluir o transporte. Não sendo isso possível de imediato, deverá arcar com todas as despesas de estadia e alimentação que os passageiros tiverem.

Para terminar a análise do transporte de pessoas, o art. 742 do CC consagra, a favor do transportador, o direito de retenção sobre a bagagem de passageiro e outros objetos pessoais deste, para garantir-se do pagamento do valor da passagem que não tiver sido feito no início ou durante o percurso. Sobre a natureza do instituto, não se trata de um penhor legal, mas somente de um direito pessoal colocado à disposição da parte contratual.[74]

6.14.4 Do transporte de coisas

Pelo contrato de transporte de coisas, o expedidor ou remetente entrega bens corpóreos ou mercadorias ao transportador, para que o último os leve até um destinatário, com pontualidade e segurança. Ressalte-se, contudo, que o destinatário pode ser o próprio expedidor.

A remuneração devida ao transportador, nesse caso, é denominada *frete*. Como ocorre com o transporte de pessoas, o transportador de coisas assume uma obrigação de resultado, o que justifica a sua responsabilidade objetiva.

A coisa, entregue ao transportador, deve necessariamente estar caracterizada pela sua natureza, valor, peso e quantidade, e o que mais for necessário para que não se confunda com outras. Ademais,

o destinatário deve ser indicado ao menos pelo nome e endereço (art. 750 do CC).

Dispõe o art. 744 do CC que "ao receber a coisa, o transportador emitirá conhecimento com a menção dos dados que a identifiquem, obedecido ao disposto em lei especial." Trata-se do *conhecimento de frete* ou *de carga*, que comprova o recebimento da coisa e a obrigação de transportá-la. Esse documento é um título de crédito atípico, inominado ou impróprio, devendo ser aplicadas a eles as normas previstas no CC/2002.

Ainda sobre o conhecimento de frete, o transportador poderá exigir que o remetente lhe entregue, devidamente assinada, a relação discriminada das coisas a serem transportadas, em duas vias – uma das quais, por ele devidamente autenticada, fará parte integrante do conhecimento (art. 744, parágrafo único, do CC). Essa regra decorre do dever de informar relacionado com a boa-fé objetiva.

O art. 745 do CC apresenta problema técnico, merecendo transcrição destacada:

> "Art. 745. Em caso de informação inexata ou falsa descrição no documento a que se refere o artigo antecedente, será o transportador indenizado pelo prejuízo que sofrer, devendo a ação respectiva ser ajuizada no prazo de cento e vinte dias, a contar daquele ato, sob pena de decadência".

Como se pode perceber, o dispositivo enuncia que o transportador terá um direito subjetivo de pleitear indenização por perdas e danos, se o contratante prestar falsa informação no conhecimento de frete. Para essa ação condenatória, o comando legal prevê prazo decadencial de 120 dias, contados da data em que foi prestada a informação inexata. O problema aqui é que o dispositivo entra em conflito com a tese de Agnelo Amorim Filho, adotada pela codificação sobre a prescrição e a decadência. Como se sabe, esse clássico jurista relacionou o prazo de prescrição a ações condenatórias e os prazos decadenciais a ações constitutivas positivas ou negativas (*RT* 300/7 e 744/725). Ora, a ação indenizatória referenciada no art. 745 do CC é condenatória, não se justificando o prazo decadencial que nele consta.

Trata-se de um descuido do legislador, um sério *cochilo*, eis que foi sua intenção concentrar todos os prazos de prescrição nos arts. 205 e 206 do Código Civil de 2002. Aqui, a regra é quebrada, infelizmente, e de forma *atécnica*. Desse modo, é de se concordar integralmente com Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery quando afirmam, com veemência, que, não obstante a lei referenciar que o prazo é decadencial, trata-se de prazo prescricional, diante da natureza condenatória da ação prevista na norma.[75]

Superado esse ponto, dispõe o art. 746 do CC que poderá o transportador recusar a coisa cuja embalagem for inadequada, bem como a que possa pôr em risco a saúde das pessoas envolvidas no transporte, danificar o veículo ou outros bens. Isso, inclusive, é motivo para a rescisão ou resolução do contrato celebrado. A norma é complementada por outra, pela qual o transportador deverá

obrigatoriamente recusar a coisa cujo transporte ou a comercialização não sejam permitidos, ou que venha desacompanhada dos documentos exigidos por lei ou regulamento (art. 747 do CC). Trata-se de dever legal imposto ao transportador, exigindo-se a licitude das coisas a serem transportadas, sob pena de sua responsabilização nos âmbitos civil, criminal e administrativo.

Da mesma forma como ocorre no transporte de pessoas, é facultado ao remetente, até a entrega da coisa, desistir do transporte e pedi-la de volta. Pode, ainda, ordenar que a coisa seja entregue a outro destinatário, pagando, em ambos os casos, os acréscimos de despesas decorrentes da contraordem, mais as perdas e danos que houver (art. 748 do CC).

O transportador conduzirá a coisa ao seu destino, tomando todas as cautelas necessárias para mantê-la em bom estado e entregá-la no prazo ajustado ou previsto (749 do CC). Esse dispositivo traz a *cláusula de incolumidade* especificamente no transporte de coisas, a fundamentar a responsabilidade objetiva, exaustivamente citada. Repise-se que a *cláusula de não indenizar* é inoperante no transporte de mercadorias (Súmula 161 do STF).

A *cláusula de incolumidade* ainda é retirada do art. 750 do Código em vigor, pois a responsabilidade do transportador limita-se ao valor constante do conhecimento. Essa responsabilidade tem início no momento em que ele ou os seus prepostos recebem a coisa e somente termina quando é entregue ao destinatário ou depositada em juízo, se o destinatário não for encontrado. Aplicando muito bem o dispositivo do TJSP:

> "Responsabilidade civil. Transporte terrestre de mercadorias. Roubo. Alegação de que contrato foi concluído quando os bens chegaram ao destino. Impossibilidade. Materiais que não foram descarregados. Responsabilidade da transportadora que deve ser reconhecida, prevalecendo até a efetiva entrega. Art. 750, do Código Civil. Apólice que também estabelece esse o momento do fim da responsabilidade. Exame da prova e dos elementos objetivos deste caso, autorizando a confirmação da condenação. Necessidade da efetiva entrega com a conferência. Valor atualizado que deve prevalecer, para refletir corretamente a Inflação. Juros de mora que devem incidir da citação. Responsabilidade contratual. Art. 219 do CPC. Recurso parcialmente provido, prejudicado o agravo retido" (TJSP, Apelação com Revisão 1057564-3, Acórdão 4073086, São Paulo, 15.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Antônio Ribeiro Pinto, j. 15.09.2009, *DJESP* 29.09.2009).

A coisa depositada ou guardada nos armazéns do transportador, em virtude de contrato de transporte, rege-se, no que couber, pelas disposições relativas ao contrato de depósito (art. 751 do CC). Ato contínuo, prevê o art. 752 do CC que, "desembarcadas as mercadorias, o transportador não é obrigado a dar aviso ao destinatário, se assim não foi convencionado, dependendo também de ajuste a entrega a domicílio, e devem constar do conhecimento de embarque as cláusulas de aviso ou de entrega a domicílio". Apesar de a norma ser clara, o seu conteúdo é falho. Isso porque o comando legal entra em conflito com o princípio da boa-fé objetiva, particularmente com o dever anexo de informar, ao prever que, em regra, o transportador não é obrigado a avisar ao destinatário que o contrato foi cumprido. Ora, trata-se de um dever anexo, ínsito a qualquer negócio patrimonial, não havendo sequer a necessidade de previsão no instrumento.

Se o transporte não puder ser feito ou sofrer longa interrupção, em razão de obstrução de vias, conflitos armados, manifestações populares, suspensão do tráfego diante de queda de barreira, entre outras causas, o transportador solicitará, de imediato, instruções do remetente sobre como agir. Ademais, zelará pela coisa, por cujo perecimento ou deterioração responderá, salvo caso fortuito e força maior (art. 753 do CC). Como se pode perceber, ao contrário do dispositivo anterior, este traz como conteúdo o dever anexo de informar.

Se esse impedimento perdurar, sem culpa do transportador, e o remetente não se manifestar, poderá o transportador depositar a coisa em juízo, ou posteriormente vendê-la, logicamente obedecidos os preceitos legais e regulamentares ou os costumes (art. 753, § 1.º, do CC). No entanto, se o impedimento decorrer de responsabilidade do transportador, este poderá depositar a coisa por sua conta e risco. Nesse último caso, a coisa somente poderá ser vendida se for perecível (art. 753, § 2.º, do CC).

Em ambos os casos, havendo culpa ou não do transportador, tem ele o dever de informar o remetente sobre a realização do depósito ou da eventual venda. Curiosamente e para o bem, o § 3.º do art. 753 volta a trazer o dever anexo de informar, contradizendo o criticado e malfadado art. 752 do CC.

Se o transportador mantiver a coisa depositada em seus próprios armazéns, continuará a responder pela sua guarda e conservação, sendo-lhe devida, porém, uma remuneração pela custódia. Essa remuneração pode ser ajustada por contrato ou será fixada pelos usos adotados em cada sistema de transporte (art. 753, § 4.º, do CC). Nesta hipótese, haverá uma coligação de contratos decorrente de lei (transporte + depósito), aplicando-se as regras de ambos.

Ao final do percurso, as mercadorias deverão ser entregues ao destinatário, ou a quem apresente o conhecimento de frete endossado. Essa pessoa tem o dever de conferi-las e apresentar as reclamações que tiver, sob pena de decadência dos direitos (art. 754 do CC). O dispositivo traz o dever de vistoria por parte do destinatário, que pode ser o próprio emitente.

O parágrafo único desse art. 754 enuncia que, havendo avaria ou perda parcial da coisa transportada não perceptível à primeira vista, o destinatário conserva a sua ação contra o transportador, desde que denuncie o dano em dez dias, a contar da entrega. Conjugando-se os dois comandos, percebe-se, mais uma vez, um equívoco do legislador ao prever prazo de natureza decadencial para a ação indenizatória. Como da vez anterior, filia-se a Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, visto que, apesar de o *caput* falar em decadência, havendo ação indenizatória, o prazo é de prescrição.[76] Em virtude de o prazo previsto ser exíguo (dez dias), deve-se entender que o prazo será, em regra, prescricional de três anos, conforme o art. 206, § 3.º, V, do CC. Em havendo relação de consumo, utiliza-se o prazo prescricional de cinco anos (art. 27 do CDC).

Por fim, em havendo dúvida acerca de quem seja o destinatário da coisa, o transportador tem o

dever de depositar a mercadoria em juízo, desde que não lhe seja possível obter informações do emissor ou remetente. Porém, se a demora do depósito puder provocar a deterioração da coisa, o transportador deverá vendê-la, depositando o valor obtido em juízo (art. 755 do CC). Como destaca Sílvio de Salvo Venosa, "a lei refere-se ao saldo, pois cabe ao transportador deduzir o valor das despesas de armazenagem e frete, se ainda não pago".[77]

6.15 DO SEGURO (ARTS. 757 A 802 DO CC)

6.15.1 Conceito e natureza jurídica

O conceito de contrato de seguro consta do art. 757 do atual Código Civil (art. 1.432 do CC/1916, parcialmente), que dispõe: "Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados". Sem dúvida, trata-se de um dos contratos mais complexos e importantes do Direito Privado Brasileiro, uma vez que viver tornou-se algo arriscado.

Quanto à sua natureza jurídica, o contrato de seguro é um contrato bilateral, pois apresenta direitos e deveres proporcionais, de modo a estar presente o *sinalagma*. Constitui um contrato oneroso pela presença de remuneração, denominada *prêmio*, a ser pago pelo segurado ao segurador. O contrato é consensual, pois tem aperfeiçoamento com a manifestação de vontade das partes. Constitui um típico contrato aleatório, pois o *risco* é fator determinante do negócio em decorrência da possibilidade de ocorrência do *sinistro*, evento futuro e incerto com o qual o contrato mantém relação.

Vale dizer, de qualquer forma, que há corrente doutrinária que sustenta que o seguro é comutativo, pois o risco poderia ser determinado por cálculos atuariais. Como assinalam Ernesto Tzirulnik, Flávio de Queiroz B. Cavalcanti e Ayrton Pimentel, o contrato é comutativo por trazer a ideia de garantia:

> "A ideia de garantia ('o segurador se obriga (...) a *garantir* interesse legítimo do segurado'), embora não viesse explicitada no Código anterior, já era proclamada pela doutrina brasileira como elemento nuclear para a compreensão da natureza jurídica e efeitos do contrato de seguro. A positivação conjugada de garantia e interesse (objeto da garantia) e o abandono da ideia de indenização como elemento essencial do contrato esvaziam, no direito positivo brasileiro, a secular polêmica entre dualistas e os unilateralistas a respeito da função indenizatória (ou não) dos seguros de pessoas. (...). A comutatividade do contrato tem por base justamente o reconhecimento de que a prestação do segurador não se restringe ao pagamento de uma eventual indenização (ou capital), o que apenas se verifica no caso de sobrevir a lesão ao interesse garantido em virtude da realização do risco predeterminado. Tal prestação consiste, antes de tudo, no fornecimento de garantia e é devida durante toda a vigência material do contrato. A comutação ocorre entre prêmio (prestação) e garantia (contraprestação)".[78]

O tema tem despertado grandes discussões nos meios acadêmicos e práticos. Vários foram os enunciados propostos na *IV Jornada de Direito Civil*, alguns sugerindo a comutatividade; outros a aleatoriedade do negócio, sendo certo que nenhum deles foi aprovado. A este autor parece temerário afirmar que o seguro é contrato comutativo. Isso, porque o argumento da comutatividade pode servir a interesses escusos de seguradoras. Imagine-se, por exemplo, que a seguradora pode alegar que o contrato é comutativo para resolver ou rever o negócio que foi pago anos a fio pelo segurado, com base na imprevisibilidade e na onerosidade excessiva. Nesse contexto, a tese da comutatividade parece ser *antifuncional*, ou mesmo *antissocial*, em conflito com o art. 421 do CC. Em suma, a premissa pode ser alegada por empresas seguradoras para auferir vantagens excessivas frente aos consumidores, particularmente com o intuito de obter a rescisão unilateral do contrato. Para tal instrumentalização, a tese, em hipótese alguma, pode ser aceita e adotada.

Na grande maioria das vezes, o seguro constitui um contrato de adesão, pois o seu conteúdo é imposto por uma das partes, geralmente a seguradora. Assim sendo, prevê o Enunciado n. 370 do CJF/STJ, aprovado na *IV Jornada de Direito Civil*, que, "nos contratos de seguro por adesão, os riscos predeterminados indicados no art. 757, parte final, devem ser interpretados de acordo com os arts. 421, 422, 424, 759 e 799 do Código Civil e 1.º, III, da Constituição Federal". Em outras palavras, essa determinação dos riscos deve ser analisada à luz da função social dos contratos, da boa-fé objetiva e da proteção da dignidade humana, não podendo colocar o segurado aderente em situação de extrema desvantagem ou de onerosidade excessiva.

O seguro também constitui, via de regra, um contrato de consumo, eis que o art. 3.º, § 2.º, da Lei 8.078/1990 inclui entre os serviços por ela abrangidos os de natureza securitária. Isso inclui o seguro de dano e o seguro de vida, tratados pelo CC/2002. Também abrange o contrato de seguro-saúde, que tem como objeto a cobertura de serviços médico-hospitalares pela seguradora, mediante o pagamento de um prêmio pelo segurado (Súmula 469 do STJ). Em relação ao último, subsume-se ainda a Lei 9.656/1998, que é especial a respeito do tema.

6.15.2 Regras gerais do seguro no CC/2002

Somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade legalmente autorizada para tal fim (art. 757, parágrafo único, do CC). A atividade de segurador deve ser exercida, no contexto da norma, por sociedades anônimas, mútuas ou cooperativas (estas terão por objeto somente os seguros agrícolas), mediante autorização do Governo Federal, estando a matéria disciplinada pela Lei 8.177/1991 e pelos Decretos-lei 73/1966 e 2.063/1940.

Tratando do tema, prevê o Enunciado n. 185 do CJF/STJ, aprovado na *III Jornada de Direito Civil*, que "a disciplina dos seguros do Código Civil e as normas de previdência privada que impõem a contratação exclusivamente por meio de entidades legalmente autorizadas não impedem a

formação de grupos restritos de ajuda mútua, caracterizados pela autogestão". O enunciado refere-se a o *seguro-mútuo*, cuja possibilidade ainda é reconhecida e cujo conceito consta do próprio enunciado. No entanto, é preciso ressaltar que as sociedades de seguros mútuos, reguladas pelo Decreto-lei 2.063/1940, não se confundem com as companhias seguradoras, pois naquelas os segurados não contribuem por meio do prêmio, mas sim por meio de quotas necessárias para se protegerem de determinados prejuízos por meio da dispersão do evento danoso entre os seus vários membros.

No que toca à prova do contrato em questão, esta se dá por meio da apólice ou bilhete do seguro (art. 758 do CC). Na falta deles, o contrato pode ser provado por documento comprobatório do pagamento do respectivo prêmio, ou seja, a forma é livre (art. 107 do CC).

Demonstrando a falta de exigência de forma específica para o contrato em questão, preciso julgado do Superior Tribunal de Justiça do ano de 2014 concluiu que "a seguradora de veículos não pode, sob a justificativa de não ter sido emitida a apólice de seguro, negar-se a indenizar sinistro ocorrido após a contratação do seguro junto à corretora de seguros se não houve recusa da proposta pela seguradora em um prazo razoável, mas apenas muito tempo depois e exclusivamente em razão do sinistro. Isso porque o seguro é contrato consensual e aperfeiçoa-se tão logo haja manifestação de vontade, independentemente da emissão da apólice, que é ato unilateral da seguradora, de sorte que a existência da relação contratual não poderia ficar à mercê exclusivamente da vontade de um dos contratantes, sob pena de se ter uma conduta puramente potestativa, o que é vedado pelo art. 122 do CC. Ademais, o art. 758 do CC não confere à emissão da apólice a condição de requisito de existência do contrato de seguro, tampouco eleva esse documento ao degrau de prova tarifada ou única capaz de atestar a celebração da avença. Além disso, é fato notório que o contrato de seguro é celebrado, na prática, entre corretora e segurado, de modo que a seguradora não manifesta expressamente sua aceitação quanto à proposta, apenas a recusa ou emite a apólice do seguro, enviando ao contratante juntamente com as chamadas condições gerais do seguro" (STJ, REsp 1.306.364/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 20.03.2014, publicado no seu *Informativo* n. *537*).

A apólice é o instrumento do contrato de seguro, contendo as regras gerais do negócio celebrado e devendo a sua emissão ser precedida de proposta escrita com a declaração dos elementos essenciais do interesse a ser garantido e do risco (art. 759 do CC). Já o bilhete constitui um instrumento simplificado do negócio, pelo qual se pode contratar o seguro.

Pelo art. 760 do Código Civil em vigor, "a apólice ou o bilhete de seguro podem ser nominativos, à ordem ou ao portador, e mencionarão os riscos assumidos, o início e o fim de sua validade, o limite da garantia e o prêmio devido, e, quando for o caso, o nome do segurado e o do beneficiário." Vejamos as suas características:

a) *Apólice* ou *bilhete nominativo* – mencionam o nome do segurador, do segurado, de representante do último ou de terceiro beneficiário, sendo transmissíveis por meio de cessão civil ou mesmo por alienação.

b) *Apólice* ou *bilhete à ordem* – são transmissíveis por endosso em preto, datado e assinado pelo endossante e o endossatário, conforme art. 785, § 2.º, do CC.

c) *Apólice* ou *bilhete ao portador* – são transmissíveis por tradição simples ao detentor da apólice, não sendo admitidas em alguns casos, como no seguro de vida (art. 760, parágrafo único, do CC).

O art. 761 do CC trata do *cosseguro*, quando os riscos de um seguro direto são assumidos por várias seguradoras. Em casos tais, a apólice indicará a seguradora que administrará o contrato e representará os demais, para todos os seus efeitos (*seguradora líder*). O *cosseguro* não se confunde com o *resseguro*, hipótese em que uma seguradora contrata outra seguradora (*resseguradora*), temendo os riscos do contrato anterior, aplicando-se as mesmas regras previstas para o contrato regular.

O CC/2002 veda expressamente o *golpe do seguro*, ao prever que "nulo será o contrato para garantia de risco proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário, ou de representante de um ou de outro" (art. 762 do CC). O vício atinge a validade do contrato, sendo caso de *nulidade textual* (art. 166, VI, do CC). Essa nulidade vicia todo o ato, não podendo ser invocado o princípio da conservação contratual em hipótese alguma. Em um Código que privilegia a boa-fé objetiva, não poderia ser diferente.

Pois bem, o próximo dispositivo apresenta, na opinião deste autor, sério problema, se confrontado com a proteção do consumidor e com os novos paradigmas contratuais:

"Art. 763. Não terá direito a indenização o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, se ocorrer o sinistro antes de sua purgação".

A norma, interpretada em sua literalidade, em conflito com a *tese do adimplemento substancial* (*substantial performance*), que vinha sendo normalmente aplicada pelos nossos Tribunais, inclusive pelo STJ, nos casos de pagamento quase integral do prêmio pelo segurado (ver: REsp 415.971/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 14.05.2002, *DJ* 24.06.2002, p. 302).

Desse modo, o art. 763 do CC deve ser interpretado de acordo com a citada teoria, conforme consta do Enunciado n. 371 do CJF/STJ: "A mora do segurado, sendo de escassa importância, não autoriza a resolução do contrato, por atentar ao princípio da boa-fé objetiva". Ilustrando, se o segurado pagar o contrato por cerca de dez anos e estando em mora em apenas uma parcela do contrato, se o sinistro vier a ocorrer, não deve ser excluído totalmente o direito à indenização. No máximo, admite-se um pequeno abatimento no capital segurado, pela prestação não paga.

Em relação ao art. 763, foi ainda aprovado na *IV Jornada de Direito Civil* o Enunciado n. 376,

que prevê: “Para efeito do art. 763 do Código Civil, a resolução do contrato depende de prévia interpelação”, no caso, do segurado devedor. Em suma, não se pode aceitar a extinção automática do contrato de seguro, pela simples mora (assim concluindo: STJ, REsp 842.408/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 16.11.2006).

Superado esses pontos, enuncia o art. 764 do CC que, “salvo disposição especial, o fato de não se ter verificado o risco, em previsão do qual se faz o seguro, não exime o segurado de pagar o prêmio”. Esse dispositivo é o que demonstra que o contrato é aleatório, não importando a ocorrência ou não do sinistro, pois o prêmio, em qualquer caso, deve ser pago pelo segurado. Exemplificando, se alguém celebrar um contrato de seguro do automóvel por um ano e se não ocorrer qualquer acidente ou roubo, mesmo assim o prêmio deve ser pago.

A boa-fé objetiva deve estar presente em todas as fases do contrato de seguro (fase pré-contratual, fase contratual e fase pós-contratual). Há norma específica nesse sentido. Nesse ponto, o contrato de seguro é privilegiado, pois não há norma semelhante, com esta especificidade, para os demais contratos:

> “Art. 765. O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes”.

Consigne-se que o dispositivo consagra expressamente o dever anexo de informar, o que não afasta a aplicação dos demais deveres anexos, antes estudados. Tudo o que foi exposto quanto à boa-fé objetiva deve ser aplicado ao contrato em questão. A quebra dos deveres anexos no contrato de seguro gera a violação positiva do contrato e a responsabilização independentemente de culpa daquele que o descumpriu (Enunciado n. 24 do CJF/STJ). Ilustrando, entendeu o STJ que a empresa seguradora que nega o pagamento de indenização sem qualquer fundamento desrespeita a boa-fé objetiva, diante de uma expectativa gerada:

> “Direito do consumidor. Contrato de seguro de vida inserido em contrato de plano de saúde. Falecimento da segurada. Recebimento da quantia acordada. Operadora do plano de saúde. Legitimidade passiva para a causa. Princípio da boa-fé objetiva. Quebra de confiança. Os princípios da boa-fé e da confiança protegem as expectativas do consumidor a respeito do contrato de consumo. A operadora de plano de saúde, não obstante figurar como estipulante no contrato de seguro de vida inserido no contrato de plano de saúde, responde pelo pagamento da quantia acordada para a hipótese de falecimento do segurado, se criou, no segurado e nos beneficiários do seguro, a legítima expectativa de ela, operadora, ser responsável por esse pagamento” (STJ, REsp 590.336/SC, Rel. Min. Fátima Nancy Andrighi, j. 07.12.2004, 3.ª Turma, *DJ* 21.02.2005, p. 175).

Outro exemplo relativo à incidência da boa-fé objetiva no contrato de seguro envolve o Enunciado n. 543, da VI Jornada de Direito Civil, de 2013, que assim se expressa, com precisão: “constitui abuso do direito a modificação acentuada das condições do seguro de vida e de saúde pela

seguradora quando da renovação do contrato".

Conforme as suas precisas justificativas, "os contratos de seguro de vida e de saúde normalmente são pactuados por longo período de tempo. Nesses casos, verificam-se relações complexas em que, muitas vezes, os consumidores se tornam clientes cativos de determinado fornecedor. Tais situações não podem ser vistas de maneira isolada, mas de modo contextualizado com a nova sistemática contratual e com os novos paradigmas principiológicos. Trata-se de consequência da massificação das relações interpessoais com especial importância nas relações de consumo. Parte-se da premissa de que a relação contratual deve responder a eventuais mudanças de seu substrato fático ao longo do período contratual. É uma aplicação do princípio da boa-fé objetiva, que prevê padrão de comportamento leal entre as partes. A contratação em geral ocorre quando o segurado é ainda jovem. A renovação anual pode ocorrer por anos, às vezes décadas. Se, em determinado ano, de forma abrupta e inesperada, a seguradora condicionar a renovação a uma repactuação excessivamente onerosa para o segurado, há desrespeito ao dever anexo de cooperação. Dessa forma, o direito de renovar ou não o contrato é exercido de maneira abusiva, em consonância com o disposto no art. 187 do Código Civil. Não se trata de impedimento ou bloqueio a reajustes, mas de definir um padrão justo de reequilíbrio em que os reajustes devam ocorrer de maneira suave e gradual".

Pontue-se que as justificativas do enunciado citam que assim vem entendendo o Superior Tribunal de Justiça, com a menção aos seguintes julgados: AgRg nos EDcl no Ag 1.140.960/RS, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 23.08.2011; REsp 1.073.595/MG, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, 2.ª Seção, j. 23.03.2011.

Na opinião deste autor, a função social do contrato em sua eficácia interna igualmente serve para fundamentar o enunciado doutrinário em comento, tanto no sentido de tutelar a dignidade humana quanto com o fim de conservar ou manter o pacto.

Os dispositivos a seguir comentados por igual mantêm relação com o princípio da boa-fé objetiva, trazendo deveres contratuais que decorrem desse regramento básico. Não há qualquer conflito com o CDC, mas, muito ao contrário, os comandos legais estão em sintonia com a boa-fé objetiva que deve existir na ótica consumerista (art. 4.º, III, da Lei 8.078/1990).

De início, expressa o art. 766 do CC que: "Se o segurado, por si ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido. Parágrafo único. Se a inexatidão ou omissão nas declarações não resultar de má-fé do segurado, o segurador terá direito a resolver o contrato, ou a cobrar, mesmo após o sinistro, a diferença do prêmio".

O diploma em questão equivale ao art. 1.444 do CC/1916, com corriqueira aplicação por nossos Tribunais. A título de exemplo, a jurisprudência entende que constitui violação a esse dever o

fato de o segurado não informar uma doença preexistente e celebrar o contrato de seguro-saúde, para se ver coberto. Por lógico, há desrespeito ao dever anexo de informar e à boa-fé objetiva (nesse sentido, ver: TACMG, Apel. Cív. 0368162-1/2002, Comarca: Barbacena/Siscon, 2.ª Câmara Cível, Rel. Juiz Edgard Penna Amorim, j. 24.06.2003, dados publ.: não publicado, decisão: unânime).

Relativamente ao tema, foi aprovado, na *IV Jornada de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, o Enunciado n. 372, pelo qual, "em caso de negativa de cobertura securitária por doença preexistente, cabe à seguradora comprovar que o segurado tinha conhecimento inequívoco daquela." Isso porque a boa-fé objetiva do segurado consumidor é presumida. Assim sendo, não se pode concluir pela má-fé do segurado, o que vem sendo aplicado pela jurisprudência (STJ, AgRg no Ag 1.138.740/SC, Rel. Min. Massami Uyeda, 3.ª Turma, j. 09.06.2009, *DJe* 18.06.2009).

No seguro à conta de outrem, o segurador pode opor ao segurado quaisquer defesas que tenha contra o estipulante, por descumprimento das normas de conclusão do contrato, ou de pagamento do prêmio (art. 767 do CC). Em outras palavras, havendo estipulação em favor de terceiro beneficiário (arts. 436 a 438), a seguradora poderá utilizar-se de qualquer defesa que tinha contra o segurado em face deste terceiro. A regra em questão constitui uma exceção ao princípio da relatividade dos efeitos contratuais, pois a seguradora poderá discutir o negócio jurídico com quem não é parte do contrato (efeitos externos).

A boa-fé objetiva é flagrante no art. 768 do CC, que traz regra pela qual "o segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato". Prevê o Enunciado n. 374 do CJF/STJ, da *IV Jornada de Direito Civil*, que "no contrato de seguro, o juiz deve proceder com equidade, atentando às circunstâncias reais, e não a probabilidades infundadas, quanto à agravação dos riscos".

A equidade representa o próprio senso de Justiça e constitui fonte do Direito Civil, em um Código baseado em cláusulas gerais. O que o enunciado doutrinário quer dizer é que não se pode presumir a má-fé do segurado, principalmente se o contrato for de consumo, pois, nesse caso, a boa-fé do consumidor é que deve ser presumida (art. 4.º, III, do CDC). A título de exemplo, vigente um contrato de seguro de vida, não se pode presumir que o segurado falecido tenha agravado intencionalmente os riscos pelo fato de ter ido a uma festa em lugar perigoso onde acabou sendo vítima de um homicídio, o que supostamente afastaria o dever da seguradora de pagar a indenização.

Tema dos mais controversos se refere à embriaguez do segurado, havendo acidente de trânsito. A dúvida que surge é se essa embriaguez, por si só, afasta o dever da seguradora de pagar a indenização. Os julgados se alternam no STJ:

– Entendendo pelo pagamento, ou seja, que a simples embriaguez não exclui a responsabilidade da seguradora: REsp 1.012.490/PR, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, j. 25.03.2008, *DJe* 28.04.2008.

– Em sentido contrário, do mesmo Tribunal Superior, afastando o pagamento da indenização diante da máxima “se beber, não dirija”: REsp 973.725/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, 3.ª Turma, j. 26.08.2008, *DJe* 15.09.2008.

Da nossa parte parece que não se pode atribuir ao segurado, pelo simples fato da embriaguez, a intenção de agravar o risco, o que seria presumir de forma exagerada a má-fé. Assim, o primeiro julgado parece trazer a melhor conclusão, até porque está mais bem sintonizado com a própria natureza do contrato de seguro, que visa cobrir riscos do cotidiano.

Além ilustrando sobre o agravamento do risco, anote-se que o STJ editou recentemente a Súmula 465, prevendo que ressalvada a hipótese de efetivo agravamento do risco, a seguradora não se exime do dever de indenizar em razão da transferência do veículo sem a sua prévia comunicação.

Por fim quanto às concretizações sobre o debate do agravamento intencional do risco, cabe trazer a lume aresto do mesmo Tribunal da Cidadania, do ano de 2014, segundo o qual, “caso a sociedade empresária segurada, de forma negligente, deixe de evitar que empregado não habilitado dirija o veículo objeto do seguro, ocorrerá a exclusão do dever de indenizar se demonstrado que a falta de habilitação importou em incremento do risco. Isso porque, à vista dos princípios da eticidade, da boa-fé e da proteção da confiança, o agravamento do risco decorrente da culpa *in vigilando* da sociedade empresária segurada, ao não evitar que empregado não habilitado se apossasse do veículo, tem como consequência a exclusão da cobertura (art. 768 do CC), haja vista que o apossamento proveio de culpa grave do segurado. O agravamento intencional do risco, por ser excludente do dever de indenizar do segurador, deve ser interpretado restritivamente, notadamente em face da presunção de que as partes comportam-se de boa-fé nos negócios jurídicos por elas celebrados. Por essa razão, entende-se que o agravamento do risco exige prova concreta de que o segurado contribuiu para sua consumação. Assim, é imprescindível a demonstração de que a falta de habilitação, de fato, importou em incremento do risco. Entretanto, o afastamento do direito à cobertura securitária deve derivar da conduta do próprio segurado, não podendo o direito à indenização ser ilidido por força de ação atribuída exclusivamente a terceiro. Desse modo, competia à empresa segurada velar para que o veículo fosse guiado tão somente por pessoa devidamente habilitada” (STJ, REsp 1.412.816/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15.05.2014, publicado no seu *Informativo* n. *542*).

Superada essa intrincada temática do agravamento do risco, o art. 769 do CC/2002 traz o dever de informar, relativo à boa-fé objetiva:

“Art. 769. O segurado é obrigado a comunicar ao segurador, logo que saiba, todo incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto, sob pena de perder o direito à garantia, se provar que silenciou de má-fé.

§ 1.º O segurador, desde que o faça nos quinze dias seguintes ao recebimento do aviso da agravação do risco sem culpa do segurado, poderá dar-lhe ciência, por escrito, de sua decisão de resolver o contrato.

§ 2.º A resolução só será eficaz trinta dias após a notificação, devendo ser restituída pelo segurador a diferença do prêmio".

Anote-se, contudo, que, em havendo dúvidas, tais regras deverão ser interpretadas da maneira mais favorável ao consumidor (art. 47 do CDC) ou ao aderente (art. 423 do CC), na grande maioria das vezes o segurado. Outro comentário importante que deve ser feito refere-se às previsões dos seus parágrafos. Isso porque a lei menciona as expressões *resolver* e *resolução*, quando o certo seria falar em *resilir* e *resilição*, no caso, uma resilição unilateral, nos termos do art. 473 do CC.[79]

Por outra via, salvo disposição em contrário, a diminuição do risco no curso do contrato não acarreta a redução do prêmio estipulado. Todavia, se a redução do risco for considerável, o segurado poderá exigir a revisão do prêmio, ou a resolução do contrato (art. 770 do CC). Esse dispositivo mantém relação direta com os efeitos internos da função social dos contratos, possibilitando a revisão ou a resolução do contrato por simples onerosidade excessiva ao segurado. Não é exigido um fato imprevisível ou extraordinário para essa revisão ou resolução, mas a simples desproporção negocial, nos moldes do art. 6.º, V, do CDC.

Sob pena de perder o direito à indenização, o segurado informará o sinistro ao segurador logo que souber, e tomará as providências imediatas para minorar-lhe as consequências. Essa é a regra do art. 771 do CC que, ao mesmo tempo em que traz o dever de informar do segurado, consagra o dever de mitigação da perda por parte do credor (*duty to mitigate the loss*), relacionado com a boa-fé objetiva. O próprio dispositivo impõe a consequência do desrespeito a esse dever, qual seja, a perda pelo segurado do direito à indenização devida, não importando se pagou o prêmio de forma integral.

Cumprindo o segurado com esse dever, correrão por conta do segurador, até o limite fixado no contrato, as despesas de salvamento consequentes ao sinistro (art. 771, parágrafo único, do CC). A título de exemplo, sendo gastos valores para apagar incêndio que atinge uma casa segurada, imediatamente avisado o sinistro pelo segurado, o segurador deve arcar com tais despesas.

Diante do dever de pontualidade que lhe impõe, em havendo mora do segurador em pagar o sinistro, incidirá atualização monetária sobre a indenização devida, segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, sem prejuízo dos juros moratórios (art. 772 do CC). Sem prejuízo disso, havendo mora, a seguradora passará a responder por caso fortuito e força maior, nos termos do art. 399 do CC. A mora do segurador também gera o dever de indenizar os danos sofridos, inclusive os danos morais (nesse sentido: STJ, REsp 821.506/RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3.ª Turma, j. 07.12.2006, *DJ* 26.02.2007, p. 588).

Além desse caso de má-fé do segurador, que não paga a indenização, enuncia o art. 773 do Código uma outra hipótese. Segundo esse dispositivo, o segurador que, ao tempo do contrato, sabia que estava superado o risco de que o segurado se pretendia cobrir, e, não obstante, expediu a apólice, pagará em dobro o prêmio estipulado.

Em suma, cessado o risco, não pode mais ser cobrado o prêmio, pois a álea é elemento essencial do contrato. O segurador que emite a apólice age com intuito de enriquecimento sem causa, o que justifica o pagamento do valor do prêmio em dobro. Como consequência, o contrato de seguro deve ser tido como nulo, nos termos do art. 166, VI, do CC, havendo fraude à lei imperativa. A título de exemplo, se está segurada uma determinada mercadoria, não sendo o caso do seu transporte para qualquer lugar e se uma seguradora emite a apólice contra a proprietária da coisa, estará configurado o ato proibido. A situação pode ser tipificada também como prática abusiva, nos termos do art. 39, III, do CDC, ou seja, envio de produto ou serviço sem solicitação.

Quanto à *cláusula de recondução tácita do contrato pelo mesmo prazo*, ou seja, a previsão de seu prolongamento nas mesmas condições antes contratadas, essa não poderá operar mais de uma vez (art. 774 do CC). Comentam Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado, sobre tal inovação:

> "Trata-se de inovação de severo impacto nas relações securitárias, não mais se admitindo as renovações sucessivas e automáticas, em face de cláusula que assim disponha, salvante uma única renovação. Tal previsão está perfeitamente adequada ao previsto no Código de Defesa do Consumidor, que proíbe prática semelhante no seu artigo 39".[80]

Aplicando-se o princípio da conservação contratual ao contrato de consumo (art. 51, § 2.º, do CDC), deve-se considerar somente a cláusula como nula, aproveitando-se todo o restante do contrato. Detalhando, a nulidade deve atingir somente a renovação sucessiva, não a primeira renovação, cuja licitude é reconhecida pelo art. 774 do CC.

Outra novidade consta do art. 775 do CC, segundo o qual: "Os agentes autorizados do segurador presumem-se seus representantes para todos os atos relativos aos contratos que agenciarem". Pelo comando legal em questão, a conduta dos representantes, caso dos corretores, vincula o segurador, incidindo os princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos. A título de exemplo, repise-se a hipótese de publicidade veiculada pela qual determinada empresa de seguro-saúde divulga que não há prazo de carência para internação ou que o serviço prestado traz *carência zero*. Essa informação prestada vincula o prestador de serviços, conforme vem entendendo a jurisprudência (TJSP, Apel. Cív. 104.633-4/SP, 3. ª Câmara de Direito Privado de julho de 2000, Rel. Juiz Carlos Stroppa, j. 01.08.2000, v.u.).

Concernente ao pagamento da indenização, este deverá ser feito em dinheiro, mas as partes poderão convencionar a reposição da coisa, por força da autonomia contratual (art. 776 do CC). Exemplificando, é possível convencionar, em um seguro de dano, que o veículo será reposto, se em um caso acidente ocorrer a perda total, por outro semelhante, de mesmo modelo, marca e ano. Entretanto, assinale-se que essa *cláusula de reposição* não pode trazer situação de injustiça ao aderente ou ao consumidor.

Ocorrendo o pagamento pela seguradora, é possível a sua ação regressiva em face do culpado

pelo evento danoso. É o que consta da Súmula 188 do STF: "O segurador tem ação regressiva contra o causador do dano, pelo que efetivamente pagou, até o limite previsto no contrato de seguro" (sub-rogação).

Encerrando as regras gerais relacionadas com o contrato de seguro, determina o art. 777 do Código Civil em vigor que: "O disposto no presente Capítulo aplica-se, no que couber, aos seguros regidos por leis próprias". Como exemplo de lei especial, cite-se a Lei 9.656/1998, que trata dos planos de saúde e seguros privados de assistência à saúde.

6.15.3 Do seguro de dano

O CC/2002, a exemplo do CC/1916, traz tratamento especial para o seguro de dano, cujo conteúdo é indenizatório, restrita a indenização ao valor de interesse do segurado no momento do sinistro, relacionado a uma coisa.[81]

Nesse contrato de seguro de dano, a garantia prometida não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento da conclusão do contrato, sob pena de perder o segurado a garantia e ter de pagar o prêmio (art. 778 do CC); sem prejuízo da imposição de medida penal cabível, por falsidade ideológica, por exemplo.

No que toca ao risco do seguro, este compreenderá todos os prejuízos resultantes ou consequentes, como, por exemplo, os estragos ocasionados para evitar o sinistro, minorar o dano ou salvar a coisa (art. 779 do CC). A norma deve ser considerada cogente, não admitindo previsão em contrário.

Em havendo contrato de seguro de coisas transportadas, a vigência da garantia começa no momento em que estas são recebidas pelo transportador, e cessa com a sua entrega ao destinatário (art. 780 do CC). A hipótese é de contratos coligados ou de contratos conexos (seguro + transporte), fazendo que a obrigação da seguradora seja de resultado, assim como ocorre no transporte de coisa (art. 750 do CC).

Relativamente à indenização a ser recebida pelo segurado, enuncia o art. 781 do CC que essa não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento do sinistro, e, em hipótese alguma, o limite máximo da garantia fixado na apólice, salvo em caso de mora do segurador. Para exemplificar, alguém celebra um contrato de seguro para proteger um veículo contra roubo, furto e avaria. Quando da celebração do contrato, o veículo, novo, valia R$ 50.000,00. Dois anos após a celebração do contrato, quando o veículo vale R$ 30.000,00, é roubado (sinistro). Esse último será o valor devido pela seguradora, devendo ser observado o valor de mercado. Para tanto, é aplicada, na prática, a *Tabela Fipe*, adotada pelas seguradoras. Ressalte-se, contudo, a previsão final do art. 781 do CC, pela qual a única hipótese em que se admite o pagamento de indenização superior ao valor que

consta da apólice é no caso de mora da seguradora.

Uma determinada coisa pode ser segurada mais de uma vez. Não há óbice legal quanto a isso, sendo possível a cumulação de seguros ou *seguro duplo*. Porém, o segurado que pretender obter novo seguro sobre o mesmo interesse e contra o mesmo risco junto à outra seguradora, deve previamente comunicar sua intenção por escrito à primeira, indicando a soma por que pretende segurar-se (art. 782 do CC). Isso para comprovar obediência à regra pela qual o valor do seguro não pode ser superior ao do interesse do segurado, sob pena de resolução contratual por descumprimento de dever obrigacional (arts. 778 e 766 do CC). As normas pretendem evitar que alguém utilize o contrato de seguro para enriquecer-se sem ter justa causa para tanto, o que é proibido pelo art. 884 do CC.

A ilustrar, se alguém tem um veículo que vale R$ 50.000,00 e quer segurá-lo contra riscos futuros, poderá até celebrar dois contratos de seguro, com seguradoras distintas (cumulação de seguros), desde que o valor das indenizações somadas não supere o valor do bem móvel em questão. Se presente uma cumulação exagerada, será caso de resolução do segundo contrato, cumulando-se as regras dos arts. 778 e 766 do CC. Somente o primeiro seguro continuará a ter eficácia nesse caso.

Ao mesmo tempo em que a lei admite a cumulação de seguros, nunca superior ao valor da coisa, o art. 783 do CC autoriza o *seguro parcial*, ou seja, o seguro de um interesse por menos do que ele valha. Nessa hipótese, ocorrendo o sinistro parcial, a indenização a ser paga também deverá ser reduzida proporcionalmente, por meio do que se denomina *cláusula de rateio*. Concretizando, alguém celebra um contrato de seguro contra incêndio que possa vir a atingir uma casa, um bem imóvel cujo valor é R$ 100.000,00. O valor da indenização pactuado é de R$ 50.000,00 (*seguro parcial*). Em uma noite qualquer, ocorre um incêndio, o sinistro, mas este é rapidamente contido, gerando um prejuízo ao segurado de R$ 10.000,00. Com a redução proporcional, o valor a ser pago pela seguradora é de R$ 5.000,00.

Entretanto, o próprio art. 783 do CC consagra, ao utilizar a expressão "*salvo estipulação em contrário*", que as partes podem convencionar o contrário. Essa estipulação pode ser feita tanto para determinar uma redução que lhes convier quanto para afastar a mesma. É de se discutir a validade dessas cláusulas se o contrato for de consumo ou de adesão, eis que a parte interessada acaba renunciando a um direito que lhe é inerente. Por isso essas cláusulas podem ser consideradas nulas por abusividade, nos termos do art. 51 do CDC (contratos de consumo) e do art. 424 do CC (contratos de adesão).

No tocante à garantia, esta não inclui o sinistro provocado por vício intrínseco da coisa segurada e não declarado pelo segurado quando da celebração do contrato. O *vício intrínseco*, denominado *vício próprio* ou *vício corpóreo*, é aquele defeito próprio da coisa, que não se encontra normalmente em outras da mesma espécie (art. 784 do CC). Para ilustrar, se um carro segurado apresenta sério problema de freio, vício de fabricação, fazendo que ocorra o acidente, não há que se

falar em responsabilidade da seguradora. A responsabilidade, na verdade, é dos fornecedores do produto, nos termos do CDC.

Em regra, o contrato de seguro de dano não é personalíssimo, admitindo-se a transferência do contrato a terceiro com a alienação ou cessão do interesse segurado (art. 785). O segurado pode, assim, ceder o contrato a outrem, sem sequer a necessidade de autorização da seguradora. Porém, é possível a cláusula proibitiva de cessão. Como exemplo dessa transmissão, cite-se o caso de venda de um veículo segurado, transferindo-se o seguro ao novo proprietário (nesse sentido: TJMG, Acórdão 1.0145.05.278338-1/001, Juiz de Fora, 12.ª Câmara Cível, Rel. Des. Nilo Lacerda, j. 02.05.2007, *DJMG* 12.05.2007).

Sendo o instrumento contratual nominativo, a transferência só produz efeitos em relação ao segurador mediante aviso escrito assinado pelo cedente e pelo cessionário (art. 785, § 1.º, do CC). O efeito é similar à cessão de crédito, devendo ser notificado o cedido (segurador).

Por outro lado, conforme demonstrado, a apólice ou o bilhete à ordem só se transfere por *endosso em preto*, datado e assinado pelo endossante e pelo endossatário (art. 785, § 2.º, do CC). O *endosso em preto* ou *nominativo* é aquele em que há menção expressa pelo endossante de quem seja o endossatário.

Conforme a Súmula 188 do STF, sendo paga a indenização, o segurador sub-roga-se, nos limites do valor respectivo, nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano. Essa é a regra constante do art. 786 do CC em vigor, que traz hipótese de sub-rogação legal. Outra hipótese de sub-rogação consta do Enunciado n. 552 do CJF/STJ, da *VI Jornada de Direito Civil* (2013), segundo o qual constituem danos reflexos reparáveis as despesas suportadas pela operadora de plano de saúde decorrentes de complicações de procedimentos por ela não cobertos. O direito de regresso é exercido pela seguradora em face dos prestadores de serviços médico-hospitalares.

É importante ressaltar que essa regra não se aplica ao seguro de pessoas por força do disposto no art. 800 do CC, que diz: “Nos seguros de pessoas, o segurador não pode sub-rogar-se nos direitos e ações do segurado, ou do beneficiário, contra o causador do sinistro”. Em relação ao seguro de coisas, merece destaque o disposto no art. 786, § 1.º, do CC, segundo o qual: “Salvo dolo, a sub-rogação não tem lugar se o dano foi causado pelo cônjuge do segurado, seus descendentes ou ascendentes, consanguíneos ou afins”.

Duas outras súmulas do STF também tratam da sub-rogação mencionada pelo art. 786 do CC. De acordo com a Súmula 151, “prescreve em um ano a ação do segurador sub-rogado para haver a indenização por extravio ou perda de carga transportada em navio”. A Súmula 257, por sua vez, estabelece que “são cabíveis honorários de advogado na ação regressiva do segurador contra o causador do dano.”

Como exceção à regra prevista no art. 786 do CC, o seu § 1.º determina que a sub-rogação não

terá lugar se o dano tiver sido causado pelo cônjuge do segurado, seus descendentes ou ascendentes, consanguíneos ou afins. Porém, a sub-rogação terá eficácia se o evento foi causado de forma dolosa por essas pessoas. Ainda a respeito da sub-rogação, a lei aponta ser ineficaz qualquer ato do segurado que diminua ou extinga, em prejuízo do segurador, esse direito de regresso (art. 786, § 2.º, do CC). A título de exemplo, não terá eficácia qualquer contrato celebrado entre segurado e causador do dano, afastando a mencionada sub-rogação legal.

O *seguro de responsabilidade civil* é uma importante modalidade de seguro de dano (art. 787 do CC). Por meio desse contrato, a seguradora compromete-se a cobrir os danos causados por atos ilícitos cometidos pelo segurado a terceiro. Algumas regras devem ser observadas para o contrato em questão.

De início, diante do dever de informar decorrente da boa-fé objetiva, tão logo saiba o segurado das consequências de ato seu, suscetível de lhe acarretar a responsabilidade incluída na garantia, comunicará o fato ao segurador (art. 787, § 1.º, do CC). O desrespeito a esse dever é motivo para o não pagamento da indenização.

Além disso, o CC/2002 é expresso ao proibir ao segurado reconhecer sua responsabilidade ou confessar a ação, bem como transigir com o terceiro prejudicado, ou indenizá-lo diretamente, sem a anuência expressa do segurador (art. 787, § 2.º, do CC). Esse dispositivo tem redação bem complicada.

Primeiro, porque afasta a possibilidade de o segurado reconhecer a existência de culpa, o que é um direito personalíssimo, inafastável e intransmissível, nos termos do art. 11 do CC e do art. 1.º, III, da CF/1988. Parece que foi mais um descuido do legislador, ao dispor que esse reconhecimento depende da seguradora. Outro problema refere-se ao poder de transigir, o que é um direito inerente ao segurado. Sendo o contrato de adesão ou de consumo, há como afastar essa regra, pois a parte contratual está renunciando a um direito que lhe é inerente, havendo infringência ao princípio da função social dos contratos em casos tais (art. 421 do CC).

A mesma tese vale para a indenização direta, paga pelo segurado ao ofendido. Trata-se, do mesmo modo, de um direito pessoal do segurado e que não pode ser afastado. Aliás, como fica o direito da outra parte, prejudicada pelo evento danoso e que tem o direito à indenização, diante do *princípio da reparação integral de danos*? A seguradora pode obstar o pagamento da vítima? Para este autor, as respostas são negativas. Em suma, o § 2.º do art. 787 do CC entra em conflito com outros preceitos do próprio CC e do CDC, a afastar a sua aplicação. Para diminuir o seu campo de aplicação, foi aprovado, na *IV Jornada de Direito Civil*, o Enunciado n. 373: "Embora sejam defesos pelo § 2.º do art. 787 do Código Civil, o reconhecimento da responsabilidade, a confissão da ação ou a transação não retiram ao segurado o direito à garantia, sendo apenas ineficazes perante a seguradora". Em complemento da *VI Jornada de Direito Civil*, o Enunciado n. 546: "O § 2.º do art. 787 do Código Civil deve ser interpretado em consonância com o art. 422 do mesmo diploma legal,

não obstando o direito à indenização e ao reembolso".

Ainda no caso de seguro de responsabilidade civil, intentada a ação contra o segurado, dará este ciência da lide ao segurador (art. 787, § 3.º, do CC). Esta ciência é feita por meio da denunciação da lide, nos termos do art. 70, III, do CPC, conforme entende o Superior Tribunal de Justiça (REsp 713.115/MG, Rel. Min. Castro Filho, 3.ª Turma, j. 21.11.2006, *DJ* 04.12.2006, p. 300). Todavia, essa denunciação da lide não é obrigatória, sendo reconhecido o direito de regresso contra a seguradora, por parte do segurado, por meio de ação específica (STJ, REsp 647.186/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3.ª Turma, j. 01.09.2005, *DJ* 14.11.2005, p. 313).

Por fim, a respeito do seguro de responsabilidade civil, subsistirá a responsabilidade do segurado perante o terceiro, se o segurador for insolvente (art. 787, § 4.º, do CC). Com isso, os riscos sobre o negócio, particularmente quanto à celebração do contrato de seguro, correm por conta do segurado. O que se procura aqui é reparar o dano sofrido pela vítima, não importando a insolvência da seguradora.

Pois bem, existem seguros de responsabilidade civil que são obrigatórios, caso, por exemplo, do DPVAT (seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre). Nesses seguros de responsabilidade legalmente obrigatórios, a indenização por sinistro será paga pelo segurador diretamente ao terceiro prejudicado (art. 788 do CC). Prevê a Súmula 257 do STJ que a falta de pagamento do prêmio desse seguro obrigatório não é motivo para a recusa do pagamento da indenização por segurador privado. Por certo, os fatos geradores são totalmente distintos. Assim, não há como concordar, de forma alguma, com outra súmula do STJ, a de número 246, pela qual o valor do seguro obrigatório deve ser deduzido da indenização judicialmente fixada. Em tom crítico, pode-se dizer que as duas súmulas são contraditórias entre si.

Para findar o estudo do tema, demandado em ação direta pela vítima do dano, o segurador não poderá opor a exceção de contrato não cumprido pelo segurado, nos termos do art. 476 do CC, sem promover a citação deste para integrar o contraditório (art. 788, parágrafo único, do CC). Essa *citação* também é feita por meio da denunciação da lide (art. 70, III, do CPC).

6.15.4 Do seguro de pessoa

Esse contrato de seguro visa à pessoa humana, protegendo-a contra riscos de morte, comprometimentos da sua saúde, incapacidades em geral e acidentes que podem atingi-la. É o caso do seguro-saúde, tratado especificamente pela Lei n. 9.656/1998 (Lei dos Planos de Saúde).

De acordo com o art. 789 do CC, "nos seguros de pessoas, o capital segurado é livremente estipulado pelo proponente, que pode contratar mais de um seguro sobre o mesmo interesse, com o mesmo ou diversos seguradores." Por isso, é possível a celebração de vários seguros, sem limite,

pois não há como mensurar o *preço* da vida de uma pessoa natural.

No seguro sobre a vida de outros, o proponente é obrigado a declarar, sob pena de falsidade, o seu interesse pela preservação da vida do segurado (art. 790 do CC). Entretanto, até prova em contrário, presume-se o interesse quando o segurado for cônjuge, ascendente ou descendente do proponente (parágrafo único do art. 790 do CC). Quanto a esse dispositivo, dispõe o Enunciado n. 186 do CJF/STJ, da *III Jornada de Direito Civil*, que: "O companheiro deve ser considerado implicitamente incluído no rol das pessoas tratadas no art. 790, parágrafo único, por possuir interesse legítimo o seguro da pessoa do outro companheiro".

O contrato de seguro de pessoa pode instituir um terceiro beneficiário, que receberá a indenização, por exemplo, em caso de morte do segurado. Nesse caso, se o segurado não renunciar à faculdade, ou se o seguro não tiver como causa declarada a garantia de alguma obrigação, é lícita a substituição do beneficiário por ato entre vivos ou de última vontade (art. 791 do CC). Porém, o segurador deve ser cientificado dessa substituição. Não havendo esta informação o segurador desobrigar-se-á pagando o capital segurado ao antigo beneficiário.

Na falta de indicação da pessoa ou beneficiário, ou se por qualquer motivo não prevalecer a que for feita, o capital segurado será pago pela metade ao cônjuge não separado judicialmente, e o restante aos herdeiros do segurado, obedecida a ordem da vocação hereditária (art. 792 do CC). Na falta dessas pessoas indicadas, serão beneficiários os que provarem que a morte do segurado os privou dos meios necessários à subsistência, o que depende de análise caso a caso (art. 792, parágrafo único, do CC). Como a norma é especial para o contrato de seguro, deve ser respeitada, não se aplicando a ordem de sucessão legítima. Em relação à menção ao separado judicialmente, deve ser lida com ressalvas, eis que este autor filia-se à corrente segundo a qual a Emenda do Divórcio (EC 66/2010) retirou do sistema a sua possibilidade.

Também é válida a instituição do companheiro como beneficiário, se ao tempo do contrato o segurado era separado judicialmente, ou já se encontrava separado de fato (art. 793 do CC). O dispositivo, inovação do CC/2002, está em sintonia com a proteção constitucional da união estável, reconhecida como entidade familiar pela atual codificação (art. 1.723, § 1.º, do CC e art. 226, § 3.º, da CF/1988). Mais uma vez, repise-se, a menção à separação judicial deve ser lida com ressalvas.

Nos casos de seguro de vida ou de acidentes pessoais para o caso de morte, o capital estipulado não está sujeito às dívidas do segurado, nem se considera como herança para todos os efeitos de direito (art. 794 do CC). Isso porque o valor deverá ser revertido ao beneficiário, não aos herdeiros ou ao espólio do segurado falecido.

No contrato de seguro de pessoa, é considerada nula, por abusividade, qualquer transação para pagamento reduzido do capital segurado (art. 795 do CC). A norma tem enorme carga ética, mantendo relação direta com a boa-fé, protegendo também a pessoa humana.

No tocante ao prêmio a ser pago pelo segurado no seguro de vida, este será convencionado por prazo limitado ou por toda a vida do segurado, prevalecendo a autonomia privada das partes do contrato (art. 796 do CC). Todavia, tal previsão não afasta a necessidade de observância dos princípios sociais contratuais, notadamente a boa-fé objetiva e a função social do contrato.

Concretizando tais premissas, reafirme-se a aprovação, na *VI Jornada de Direito Civil*, de 2013, do Enunciado n. 542, segundo o qual a recusa de renovação das apólices de seguro de vida pelas seguradoras em razão da idade do segurado é discriminatória e atenta contra a função social do contrato. O enunciado doutrinário segue a linha de vários julgados do Superior Tribunal de Justiça, podendo ser transcritos os seguintes:

> "Processo civil. Agravo regimental. Agravo em recurso especial. Civil. Seguro de vida. Violação do art. 535 do CPC. Não ocorrência. Não renovação. Fator de idade. Ofensa aos princípios da boa-fé objetiva, da cooperação, da confiança e da lealdade. Aumento. Equilíbrio contratual. Cientificação prévia do segurado. Dispositivos constitucionais. Impossibilidade de análise em recurso especial. (...). 2. Na hipótese em que o contrato de seguro de vida é renovado ano a ano, por longo período, não pode a seguradora modificar subitamente as condições da avença nem deixar de renová-la em razão do fator de idade, sem que ofenda os princípios da boa-fé objetiva, da cooperação, da confiança e da lealdade. 3. A alteração no contrato de seguro consistente na majoração das prestações para o equilíbrio contratual é viável desde que efetuada de maneira gradual e com a prévia cientificação do segurado. (...). 5. Agravo regimental desprovido" (STJ, AgRg no AREsp 125.753/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 3.ª Turma, j. 06.08.2013, *DJe* 22.08.2013).

> "Agravo regimental. Agravo em recurso especial. Violação do artigo 535 do Código de Processo Civil. Inexistência. Contrato de seguro de vida renovado ininterruptamente por vários anos. Rescisão unilateral. Descabimento. Ressalva da possibilidade de sua modificação pela seguradora, mediante a apresentação prévia de extenso cronograma, no qual os aumentos sejam apresentados de maneira suave e escalonada. Decisão agravada mantida. Improvimento. (...). 2. Consoante a jurisprudência da Segunda Seção, em contratos de seguro de vida, cujo vínculo vem se renovando ao longo de anos, não pode a seguradora modificar subitamente as condições da avença nem deixar de renová-la em razão do fator de idade, sem ofender os princípios da boa-fé objetiva, da cooperação, da confiança e da lealdade que devem orientar a interpretação dos contratos que regulam as relações de consumo. 3. Admitem-se aumentos suaves e graduais necessários para reequilíbrio da carteira, mediante um cronograma extenso, do qual o segurado tem de ser cientificado previamente. (STJ, REsp 1.073.595/MG, Rel.ª Min.ª Nancy Andrighi, *DJe* 29.4.11). 4. Agravo Regimental improvido" (STJ, AgRg no AREsp 257.905/MG, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3.ª Turma, j. 26.02.2013, *DJe* 19.03.2013).

Ressalve-se que, apesar de alguns arestos utilizarem como argumento principal a boa-fé objetiva, para o presente autor trata-se de clara aplicação da função social dos contratos em sua eficácia interna, na linha do que prega o louvável enunciado aprovado na *VI Jornada de Direito Civil*.

No seguro de vida para o caso de morte, é lícito estipular-se um prazo de carência, durante o qual o segurador não responderá pela ocorrência do sinistro (art. 797 do CC). Nessas hipóteses, ocorrendo o sinistro, o segurador é obrigado a devolver ao beneficiário o montante da reserva técnica formada. Essa *reserva técnica* é constituída pelos valores pagos pelo segurado, para garantir

eventual cumprimento do contrato pela seguradora diante do sinistro.

Em relação ao beneficiário, este não tem direito ao capital estipulado quando o segurado comete suicídio nos primeiros dois anos de vigência inicial do contrato, ou da sua recondução depois de suspenso, exceção feita para a reserva técnica já formada, que deverá ser devolvida (art. 798 do CC). Ressalvada esta hipótese, é nula a cláusula contratual que exclui o pagamento do capital por suicídio do segurado. A questão do suicídio do segurado já era tratada por duas súmulas de Tribunais Superiores, a saber:

> "Súmula 61 do STJ. O seguro de vida cobre o suicídio não premeditado".

> "Súmula 105 do STF. Salvo se tiver havido premeditação, o suicídio do segurado no período contratual de carência não exime o segurador do pagamento do seguro".

Percebe-se que o legislador preferiu não tratar da questão da premeditação do suicídio, o que dependia de difícil prova. Desse modo, a codificação em vigor traz um prazo de carência de dois anos, contados da celebração do contrato. Somente após esse período é que o beneficiário terá direito à indenização ocorrendo o suicídio do segurado, o que não exclui o seu direito à reserva técnica. Conforme ensina José Maria Trepat Cases, o CC/2002 criou uma nova modalidade de seguro, o *seguro de suicídio a prazo determinado*.[82]

Sobre o comando legal em questão, na *III Jornada de Direito Civil* foi aprovado o Enunciado n. 187 do CJF/STJ, com a seguinte redação: "No contrato de seguro de vida, presume-se, de forma relativa, ser premeditado o suicídio cometido nos dois primeiros anos de vigência da cobertura, ressalvado ao beneficiário o ônus de demonstrar a ocorrência do chamado 'suicídio involuntário'". A conclusão, correta, é a de que a norma encerra uma presunção relativa e não absoluta, que vem sendo acompanhado pelos Tribunais (vide decisão publicada no *Informativo* n. *468* do STJ, de abril de 2011 – Ag. 1.244.022/RS).

O segurador não pode eximir-se do pagamento do seguro, ainda que da apólice conste a restrição, se a morte ou a incapacidade do segurado provier da utilização de meio de transporte mais arriscado, da prestação de serviço militar, da prática de esporte, ou de atos de humanidade em auxílio de outrem (art. 799 do CC). Ilustrando, José Fernando celebra um contrato de seguro de vida inteira, do qual consta sua esposa Cláudia como beneficiária. O segurado é lutador de capoeira, dedicando-se à prática do esporte três vezes por semana. Certo dia, por acidente, José Fernando recebe um chute na cabeça vindo a falecer. Mesmo nesse caso, haverá responsabilidade da seguradora pelo sinistro, devendo a indenização ser paga a Cláudia.

Além dessa importante regra, "nos seguros de pessoas, o segurador não pode sub-rogar-se nos direitos e ações do segurado, ou do beneficiário, contra o causador do sinistro." O art. 800 do CC,

portanto, afasta a aplicação da Súmula 188 do STF para os casos de seguro de pessoas.

Esse seguro de pessoas pode ser estipulado por pessoa natural ou jurídica em proveito de grupo que a ela, de qualquer modo, se vincule. É o que se denomina *seguro de vida em grupo*. Nessa modalidade contratual, o estipulante não representa o segurador perante o grupo segurado, mas é o único responsável, para com o segurador, pelo cumprimento de todas as obrigações contratuais. A modificação da apólice em vigor dependerá da anuência expressa de segurados que representem três quartos do grupo formado. Todas essas regras constam do art. 801 do CC em vigor.

Em relação ao § 2.º do dispositivo, que trata do *quorum* de modificação da apólice, prevê o Enunciado n. 375 do CJF/STJ que: "No seguro em grupo de pessoas, exige-se o *quorum* qualificado de 3/4 do grupo, previsto no § 2.º do art. 801 do CC, apenas quando as modificações impuserem novos ônus aos participantes ou restringirem seus direitos na apólice em vigor".

Por fim, nos termos do art. 802 do CC, não se aplicam as regras previstas para o seguro de pessoas tratadas no CC/2002 à garantia do reembolso de despesas hospitalares ou de tratamento médico, nem ao custeio das despesas de luto e de funeral do segurado, nos termos do art. 948, I, do CC. Esses valores, conforme aponta a doutrina, devem ser considerados como objeto de contrato de seguro de dano.[83]

6.16 DA CONSTITUIÇÃO DE RENDA (ARTS. 803 A 813 DO CC)

A constituição de renda, pelo CC/1916, era tratada tanto como contrato (arts. 1.424 a 1.431 do CC/1916) quanto como um direito real sobre coisa alheia, recebendo, no último caso, a denominação *rendas constituídas sobre imóvel* (arts. 749 a 754 do CC/1916). O CC/2002 trata o instituto tão somente como um contrato típico.

Por meio desse negócio jurídico, determinada pessoa, denominada *instituidor*, *censuísta* ou *censuente*, entrega determinada quantia em dinheiro, bem móvel ou imóvel ao *rendeiro*, *censuário* ou *censatário*, obrigando-se este último, se for o caso, a pagar ao primeiro, de forma temporária, certa renda periódica, que pode ser instituída a favor do próprio rendeiro ou de terceiro.

Em regra, essa transmissão ocorrerá de forma gratuita, não havendo qualquer contraprestação por parte do rendeiro (art. 803 do CC). Entretanto, nada impede que seja onerosa, conforme consta do art. 804 do CC. No último caso, o instituidor entrega bens móveis ou imóveis ao rendeiro, que se obriga a satisfazer as prestações, por meio de uma renda em favor do credor ou de terceiros. Sendo o contrato oneroso, pode o credor (instituidor ou censuísta), ao contratar, exigir que o rendeiro lhe preste garantia real ou fidejussória (art. 805 do CC).

A natureza jurídica do instituto, portanto, indica que se trata de um contrato unilateral (em regra), gratuito (em regra), comutativo (em regra, mas que pode assumir a forma aleatória), real (tem

aperfeiçoamento com a entrega da coisa – art. 809 do CC), temporário e solene.

A necessidade de escritura pública para o contrato de constituição de renda consta do art. 807 do CC. Porém, na opinião deste autor, esse dispositivo somente será aplicado para os casos envolvendo bens imóveis com valor superior a 30 salários-mínimos, diante do que consta do art. 108 do CC. Todavia, ciente deve estar o aplicador do direito de que a maioria da doutrina entende que o art. 807 do CC incide para todos os casos envolvendo o contrato em questão, não importando o seu conteúdo, inclusive nos casos envolvendo valores pecuniários e bens móveis.[84]

Porém, que fique claro que, em decorrência da relação do art. 108 do CC com o princípio da função social dos contratos, preceito de ordem pública e com fundamento constitucional (art. 2.035, parágrafo único, do CC, e art. 5.º, XXII e XXIII, da CF/1988), entendemos que o contrato de constituição de renda pode ser solene (nos casos envolvendo bens imóveis com valor superior a 30 salários-mínimos) ou não solene (nos casos envolvendo bens imóveis com valor igual ou inferior a 30 salários-mínimos e bens móveis). Isso porque a regra do art. 108 do CC é indeclinável e inafastável, para proteger a parte economicamente mais fraca, que geralmente possui imóvel de pequena monta cujo valor não supera os 30 salários-mínimos citados. Reforçando este posicionamento, muitas vezes, a instituição da renda é feita em benefício de uma pessoa vulnerável, o que justifica a desnecessidade da escritura pública.

A constituição de renda pode ser instituída por ato *inter vivos* ou *mortis causa*, inclusive por testamento, o que depende da autonomia privada do instituidor ou censuísta. Para a maioria da doutrina, a instituição por ato *mortis causa* somente é possível por meio de testamento público.[85] A constituição de renda também pode ser feita por meio de sentença judicial, como ocorre com o pagamento dos alimentos indenizatórios ou ressarcitórios, no caso de homicídio, às pessoas que do morto dependeriam (art. 948, II, do CC). A causa está fundada em responsabilidade civil, em um direito subjetivo, não na autonomia privada.

Sendo um contrato temporário, a constituição de renda será feita a prazo certo, ou por vida, podendo ultrapassar a vida do devedor (rendeiro ou censuário), mas não a do credor (instituidor ou censuísta), seja ele o contratante, seja terceiro (art. 806 do CC).

É nula a constituição de renda em favor de pessoa já falecida, ou que, nos trinta dias seguintes, vier a falecer de moléstia que já sofria, quando foi celebrado o contrato (art. 808 do CC). Porém, sendo a doença superveniente à estipulação, o contrato é perfeitamente válido.

Se o rendeiro, ou censuário, deixar de cumprir a obrigação estipulada, poderá o credor da renda acioná-lo, tanto para que lhe pague as prestações atrasadas como para que lhe dê garantias das futuras, sob pena de rescisão do contrato (art. 810 do CC). A hipótese tratada nesse dispositivo é a de resolução do contrato por inexecução voluntária, cabendo eventuais perdas e danos que o caso concreto ordenar. A doutrina ensina que o dispositivo traz uma cláusula resolutiva tácita a

fundamentar essa rescisão.[86]

Como a renda constitui um fruto civil (rendimento), o credor adquire esse direito dia a dia, no término de cada período (art. 811 do CC). Isso, se a prestação não tiver que ser paga de forma adiantada, no começo de cada um dos períodos predeterminados, conforme instituição pelas partes. Como a norma é de ordem privada, é possível prever outra forma de periodicidade, bem como outra forma de recebimento da renda.

Quando a renda for constituída em benefício de duas ou mais pessoas, sem determinação da parte de cada uma, entende-se que os seus direitos são iguais, o que representa uma divisão igualitária (art. 812 do CC). Todavia, o contrato poderá trazer divisão diferente em relação às quotas dos beneficiários.

Assim sendo, salvo estipulação diversa, não adquirirão os sobrevivos direito à parte dos que morrerem. Em outras palavras, *não há direito de acrescer entre os beneficiários*. Falecendo um rendeiro, o outro continuará a receber exatamente o que recebia, sendo extinto o benefício daquele que faleceu, em regra (art. 806 do CC).

Como exceção, havendo constituição de renda gratuita, instituto similar à doação, será aplicado o art. 551, parágrafo único, do CC, que enuncia o *direito de acrescer legal* entre os cônjuges. Além desse caso, poderá o direito de acrescer entre os rendeiros ser instituído por força do contrato (*direito de acrescer convencional*).

Encerrando o tratamento do contrato em questão, prevê o art. 813 do CC em vigor que: "A renda constituída por título gratuito pode, por ato do instituidor, ficar isenta de todas as execuções pendentes e futuras. Parágrafo único. A isenção prevista neste artigo prevalece de pleno direito em favor dos montepios e pensões alimentícias". Desse modo, o instituidor da renda pode também determinar a impenhorabilidade desta. No caso de pensões de caráter alimentar, a impenhorabilidade é automática, por força do art. 649, IV, do CPC, não havendo necessidade de manifestação de vontade.

6.17 DO JOGO E DA APOSTA (ARTS. 814 A 817 DO CC)

Apesar do tratamento unificado, os dois contratos não se confundem. Na esteira das lições de Maria Helena Diniz, pelo contrato de jogo, "duas ou mais pessoas prometem, entre si, pagar certa soma àquela que conseguir um resultado favorável de um acontecimento incerto".[87] Já pela aposta "duas ou mais pessoas de opiniões discordantes sobre qualquer assunto prometem, entre si, pagar certa quantia ou entregar determinado bem àquela cuja opinião prevalecer em virtude de um evento incerto".[88] Ambos os contratos são bilaterais, onerosos, consensuais, aleatórios por excelência e informais, não necessitando sequer de forma escrita. A existência da *álea* ou sorte como essência de

ambos os negócios justifica o tratamento em conjunto. Sem tal elemento, os contratos não têm razão de ser.

Como se sabe, em regra, as dívidas de jogo e aposta constituem *obrigações naturais ou incompletas*, havendo um débito sem responsabilidade ("*debitum* sem *obligatio*" ou "*Schuld* sem *Haftung*"). Isso pode ser percebido pelo art. 814 do CC: "As dívidas de jogo ou de aposta não obrigam a pagamento; mas não se pode recobrar a quantia, que voluntariamente se pagou, salvo se foi ganha por dolo, ou se o perdente é menor ou interdito".

Por tal comando, em regra, a dívida não pode ser exigida judicialmente. Entretanto, pode ser paga, não cabendo repetição de indébito em casos tais (*actio in rem verso*). Pelo dispositivo legal, excepcionalmente, caberá esta ação de repetição de indébito em dois casos:

- se o jogo ou a aposta for ganha por dolo;
- se aquele que perdeu o jogo ou a aposta for menor ou interdito.

Além disso, os parágrafos do artigo trazem algumas regras importantes e que devem ser analisadas.

Primeiro, estende-se esta regra a qualquer contrato que encubra ou envolva reconhecimento, novação ou fiança de dívida de jogo; mas a nulidade resultante não pode ser oposta ao terceiro de boa-fé. Em regra, o jogo e a aposta são negócios que não admitem convalidação, apesar de poderem ser pagos e de não caber repetição de indébito, como regra.

Segundo, a regra tem aplicação ainda que se trate de jogo não proibido, só se excetuando os jogos e apostas legalmente permitidos. São jogos permitidos os de loterias oficiais (loteria esportiva, megassena, lotomania etc.), podendo a dívida ser exigida nessas hipóteses. Desse modo, em relação à álea envolvida vale salientar que o jogo pode ser classificado em *lícito*, aquele cujo resultado decorre da habilidade dos contendores, e *ilícito*, aquele cujo resultado depende exclusivamente do elemento *sorte*. Em regra, ambos os jogos constituem obrigação natural. Entretanto, se estiverem regulamentados pela lei geram obrigação civil, permitindo, por isso, a cobrança judicial do prêmio. Trazendo interessante conclusão a respeito da matéria, cumpre transcrever o seguinte julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo:

> "Cambial. Cheque. Alegação de dívida inexigível, porquanto fundada em jogo. Em sede de apelação, aduziu-se tratar de jogo em caça-níqueis, fato não indicado na inicial. Impossibilidade de modificação da causa de pedir após julgamento do feito. Recurso não provido. Cambial. Cheque. Alegação de dívida inexigível, porquanto fundada em jogo. Hipótese em que a autora não especifica qual jogo realizava, ou mesmo a data em que jogava no estabelecimento da ré. Bingo permitido legalmente durante certo período. Recurso não provido. Cambial. Cheque. Alegação de dívida inexigível, porquanto fundada em jogo. Pagamento voluntário. Ainda que a dívida de jogo não seja exigível, não se pode recobrar o que se pagou voluntariamente. Dívida natural. Art. 814, CC. Cheque que representa pagamento à vista. Recurso não provido" (Apelação

Cível 7302924-6, Acórdão 3478089, Santo André, 14.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Melo Colombi, j. 04.02.2009, *DJESP* 09.03.2009).

Terceiro, excetuam-se, igualmente, os prêmios oferecidos ou prometidos para o vencedor em competição de natureza esportiva, intelectual ou artística, desde que os interessados se submetam às prescrições legais e regulamentares. Em casos tais, é possível receber o prêmio, havendo, em alguns casos, uma promessa de recompensa, ato unilateral de vontade que constitui fonte obrigacional (arts. 854 a 860 do CC).

Não se pode exigir reembolso do que se emprestou para jogo ou aposta, no ato de apostar ou jogar (art. 815 do CC). Isso porque, repise-se, a obrigação é natural, tendo o negócio o mesmo conteúdo de um contrato de mútuo celebrado com a mesma finalidade.

Contrariando totalmente o que constava no CC/1916, enuncia o CC/2002 que as regras previstas para os contratos de jogo e aposta não devem ser aplicadas para os contratos que versam sobre títulos de bolsa, mercadorias ou valores, em que se estipulem a liquidação exclusivamente pela diferença entre o preço ajustado e a cotação que eles tiverem no vencimento do ajuste (art. 816 do CC). Apesar de serem todos contratos aleatórios, os negócios jurídicos em questão não se confundem. Os contratos sobre títulos de bolsa, mercadorias e valores são conceituados como *contratos diferenciais*, não mais recebendo o mesmo tratamento do jogo e aposta, ao contrário do que fazia o art. 1.479 do CC/1916.

Também o sorteio para dirimir questões ou dividir coisas comuns não é considerado como sendo jogo ou aposta, como fazia o art. 1.480 do CC/1916. Em casos tais, considera-se um sistema de partilha ou processo de transação, conforme o caso. O sorteio é previsto para o caso de promessa pública de recompensa (art. 859 do CC/2002).

6.18 DA FIANÇA (ARTS. 818 A 839 DO CC)

6.18.1 Conceito e natureza jurídica

A fiança, também denominada *caução fidejussória*, é o contrato pelo qual alguém, o fiador, garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra. O contrato é celebrado entre o fiador e o credor, assumindo o primeiro uma responsabilidade sem existir um débito propriamente dito ("*Haftung* sem *Schuld*" ou, ainda, "*obligatio* sem *debitum*"). A fiança constitui uma garantia pessoal, em que todo o patrimônio do fiador responde pela dívida, não se confundindo com as garantias reais, caso do penhor, da hipoteca e da anticrese.

Anote-se que apesar de serem formas de garantia pessoal, a fiança não se confunde com o aval.

Primeiro, porque a fiança é um contrato acessório, enquanto o aval traz como conteúdo uma relação jurídica autônoma. *Segundo*, porque a fiança é um contrato, enquanto o aval traduz uma obrigação cambial. *Terceiro*, porque na fiança, em regra, há benefício de ordem a favor do fiador, enquanto no aval há solidariedade entre o avalista e o devedor principal.

Voltando ao tratamento específico da fiança, notadamente no seu campo estrutural, esse contrato traz duas relações jurídicas: uma *interna*, entre fiador e credor; e outra *externa*, entre fiador e devedor. A primeira relação é considerada como essencial ao contrato. Tanto isso é verdade, que o art. 820 do CC enuncia que a fiança pode ser estipulada ainda que sem o consentimento do devedor, ou até mesmo contra a sua vontade.

A fiança é um contrato complexo, especial, *sui generis*. Isso diante da sua natureza jurídica especial, o que faz que a fiança tenha características próprias, não encontradas em qualquer outro negócio. Vejamos essas características.

De início, trata-se de um contrato unilateral, pois gera obrigação apenas para o fiador que se obriga em relação ao credor com quem mantém o contrato. Em regra, trata-se de um contrato gratuito, pois o fiador não recebe qualquer remuneração. Entretanto, em alguns casos, a fiança é onerosa, recebendo o fiador uma remuneração em decorrência da prestação de garantia à dívida. Isso ocorre em fianças prestadas por instituições bancárias, que são remuneradas pelo devedor para garantirem dívidas frente a determinados credores. Para essas fianças prestadas por instituições bancárias, pode ser aplicado o CDC, se o interessando for destinatário final desse serviço de garantia.

O contrato de fiança exige a forma escrita, conforme enuncia o art. 819 do CC (contrato formal). Entretanto, o contrato é não solene, pois não se exige escritura pública. Não se admite a fiança verbal, ainda que provada com testemunhas, pois a fiança não se presume. Essa instrumentalização pode ser realizada no próprio corpo do contrato principal, ou em separado.

Pelo mesmo dispositivo, *a fiança não admite interpretação extensiva*, regra que tem importantes consequências práticas. Isso porque a fiança será interpretada restritivamente, uma vez que se trata de um contrato benéfico que não traz qualquer vantagem ao fiador, que responde por aquilo que expressamente constou do instrumento do negócio. Surgindo alguma dúvida, deve-se interpretar a questão favoravelmente ao fiador, parte vulnerável, em regra. Ilustrando, se a fiança for concedida para garantir um contrato de locação, o seu alcance não se estenderá em relação aos danos causados no prédio em decorrência de um evento imprevisível.

Também diante do que consta do art. 819 do CC, a fiança não se estende além do período de tempo convencionado. Para que a fiança seja prorrogada, é preciso a concordância expressa do fiador. Nesse sentido, prevê a Súmula 214 do STJ que: "O fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu".

No caso de fiança que garanta contrato de locação urbana, deve-se analisar a questão à parte,

diante das alterações da Lei 8.245/1991 pela Lei 12.112/2009. Com a nova redação do art. 39 da Lei de Locação, salvo disposição contratual em contrário, qualquer das garantias da locação se estende até a efetiva devolução do imóvel, ainda que prorrogada a locação por prazo indeterminado. Assim, encerrou-se polêmica anterior sobre os limites de aplicação da súmula, ou seja, prorrogada a locação, prorroga-se automaticamente a fiança. Todavia, com a nova lei, passando a fiança a ser com prazo indeterminado, o fiador poderá exonerar-se, mediante notificação dirigida ao locador, garantindo a dívida por mais 120 dias após a notificação (art. 40, X, da Lei 8.245/1991).

Ainda sobre a natureza jurídica da fiança, trata-se de um contrato acessório, sendo certo que não existe a fiança sem um contrato principal, onde se encontra a obrigação que está sendo garantida. Desse modo, tudo o que ocorrer no contrato principal repercutirá na fiança. Sendo nulo o contrato principal, nula será a fiança (art. 824 do CC). Sendo anulável o contrato principal, anulável será a fiança (art. 184 do CC). Sendo novada a dívida principal sem a participação do fiador, extinta estará a fiança, exonerando-se este (art. 366 do CC). Cabe anotar que, como consequência desse art. 366 da codificação privada, na *VI Jornada de Direito Civil* foi aprovado o Enunciado n. 547, segundo o qual, na hipótese de alteração da obrigação principal sem o consentimento do fiador, a exoneração deste é automática. Sendo assim, não é necessária a exoneração unilateral por notificação do fiador, nos termos do que consta do art. 835 do Código Civil, dispositivo que ainda será estudado no presente capítulo.

Tudo isso decorre da regra pela qual o acessório segue o principal (*accessorium sequitur principale*) – *princípio da gravitação jurídica*.

No entanto, a recíproca não é verdadeira, de tal forma que o que ocorre na fiança não atinge o contrato principal. Além dessas regras importantes, é pertinente lembrar que a fiança abrange todos os acessórios da dívida principal, caso dos juros, da cláusula penal ou de outras despesas.

A fiança, contrato típico, pode assumir a forma paritária ou de adesão, sendo a última forma a mais comum no mercado imobiliário. Para ilustrar melhor essa situação, deve-se lembrar daqueles modelos de contratos de locação comercializados em papelarias e casas do ramo, constando neles a estipulação de fiança (contrato-tipo ou formulário). Sendo o contrato de adesão, serão aplicadas as normas protetivas dos arts. 423 e 424 do CC.

6.18.2 Efeitos e regras da fiança no CC/2002

Não só as dívidas atuais ou presentes como também as dívidas futuras podem ser objeto de fiança (art. 821 do CC). No caso de a fiança garantir uma obrigação futura, o fiador não será demandado senão depois que se fizer certa e líquida a dívida do devedor principal.

A fiança pode ser total ou parcial, inclusive de valor inferior ao da obrigação principal e

contraída em condições menos onerosas do que as do contrato principal. No entanto, a fiança nunca poderá ser superior ao valor do débito principal, pois o acessório não pode ser maior do que o principal. Sendo mais onerosa do que a obrigação principal, a fiança deverá ser reduzida ao limite da dívida que foi afiançada (art. 823 do CC).

Em regra, a fiança será total, ilimitada ou indefinida, garantindo a dívida com todos os seus acessórios, incluindo juros, multa, cláusula penal, despesas judiciais desde a citação do fiador, entre outros (art. 822 do CC). Entretanto, como restou claro, é possível que a fiança seja parcial por força do contrato (autonomia privada), sendo denominada *fiança limitada*.

Aplicando esse art. 822, colaciona-se decisio do Superior Tribunal de Justiça, deduzindo que "as despesas judiciais só serão arcadas pelo fiador a partir de sua citação. Segundo dispõe o art. 822 do CC, não sendo limitada, a fiança compreenderá todos os acessórios da dívida principal, inclusive as despesas judiciais, desde a citação do fiador. Isso para que a lei não se afaste da fundamental equidade, impondo ao fiador uma responsabilidade excessivamente onerosa, sem antes verificar se ele deseja satisfazer a obrigação que afiançou" (STJ, REsp 1.264.820/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 13.11.2012, publicado no seu *Informativo* n. *509*).

As obrigações eivadas de nulidade absoluta não são suscetíveis de fiança, exceto se a nulidade resultar apenas da incapacidade pessoal do devedor, hipótese que pode ser reputada válida e eficaz (art. 824 do CC). Essa exceção não atinge o mútuo feito a menor sem autorização do representante, conforme o art. 588 do CC, sendo certo que o valor não pode ser reavido nem do mutuário, nem de seus fiadores (art. 824, parágrafo único, do CC).

Diante do princípio da boa-fé que também rege a fiança, o fiador deve ser pessoa idônea. Se assim não o for, o credor poderá rejeitá-lo (art. 825 do CC). Na prática, essa idoneidade é provada pela ausência de protestos, de inscrição em cadastro de inadimplentes, pela existência de bens móveis ou imóveis, pela inexistência de demandas em geral.

Pelo mesmo dispositivo, o credor também poderá rejeitar o fiador se este não for domiciliado no Município onde a fiança será prestada ou, ainda, se não possuir bens suficientes para cumprir a obrigação. Isso porque o legislador presumiu a ocorrência de dificuldades quanto à satisfação obrigacional da dívida afiançada nessas situações. Para evitar a existência de obstáculos para essa satisfação é que existe a norma. Todavia, a regra pode ser afastada por acordo entre as partes, eis que é de ordem privada. Aliás, ilustrando, pode até ser mais interessante ao credor que o imóvel do fiador esteja em outro local, onde ele, credor, tem a sua residência.

A mesma tese de facilitação do crédito serve para justificar o art. 826 do CC pelo qual, tornando-se insolvente ou incapaz o fiador, o credor poderá exigir a sua substituição. Essa não substituição do fiador pode gerar o vencimento antecipado de dívidas, conforme o art. 333, III, do CC em vigor.

O fiador não é devedor solidário, mas subsidiário. Isso porque tem a seu favor o chamado *benefício de ordem* ou *de excussão*, pelo qual será primeiro demandado o devedor principal. Prevê o art. 827 do CC/2002 que "O fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor". O fiador que alega o benefício de ordem deve nomear bens livres e desembargados do devedor principal que bastem para a satisfação da dívida, localizados no mesmo município onde corre a cobrança da dívida (parágrafo único do art. 827). Como exceções, o art. 828 do CC em vigor consagra hipóteses em que o fiador não poderá alegar o benefício de ordem, a saber:

I) se ele o renunciou expressamente;

II) se se obrigou como principal pagador, ou devedor solidário;

III) se o devedor for insolvente, ou falido.

Como se pode aduzir, as hipóteses dos incisos I e II são casos em que o fiador abre mão, por força de previsão no contrato, do direito de alegar um benefício que a lei lhe faculta. Justamente porque o fiador está renunciando a um direito que lhe é inerente é que, na *IV Jornada de Direito Civil*, foi aprovado enunciado doutrinário prevendo que a renúncia ao benefício de ordem será nula quando inserida em contrato de adesão (Enunciado n. 364 do CJF/STJ).

Em suma, como se pode perceber da leitura dos arts. 827 e 828 do CC, *não há solidariedade legal entre o fiador e o devedor principal*. No máximo, poderá existir solidariedade convencional por força de contrato paritário. Entre fiador e devedor principal a regra é de responsabilidade subsidiária.

Porém, o art. 829 do CC traz como regra a solidariedade *entre fiadores*, dispondo que: "A fiança conjuntamente prestada a um só débito por mais de uma pessoa importa o compromisso de solidariedade entre elas, se declaradamente não se reservarem o benefício de divisão". A parte final desse dispositivo traz uma exceção à regra, podendo as partes convencionar a divisão da dívida entre os fiadores (*benefício de divisão*). Sendo estipulado esse benefício, cada fiador responderá unicamente pela parte que, em proporção, lhe couber no pagamento (divisão *pro rata*) – art. 829, parágrafo único.

O art. 830 do CC complementa o teor do dispositivo anterior ao consagrar que cada fiador poderá fixar no contrato a parte da dívida que toma sob sua responsabilidade, caso em que não será por mais obrigado. A regra, portanto, é a da divisão igualitária, o que não obsta que o contrato preveja divisões da responsabilidade de forma diferenciada, em decorrência da autonomia privada das partes.

Nas hipóteses aqui discutidas, o fiador que pagar integralmente a dívida ficará sub-rogado nos direitos do credor; mas só poderá demandar a cada um dos outros fiadores pela respectiva quota (art.

831 do CC). Eventual parte de fiador insolvente deverá ser distribuída entre os outros. Como os fiadores são devedores de mesma classe, aquele que paga somente poderá cobrar dos demais as quotas respectivas.

O devedor responderá perante o fiador por todas as perdas e danos que este pagar e pelos que sofrer em razão da fiança (art. 832 do CC). Por essa regra percebe-se que o fiador poderá, por força do contrato, responsabilizar-se por outros valores que não seja a dívida e os seus acessórios, como aqueles correspondentes às perdas e danos. É bem discutível a responsabilização do fiador por essas perdas e danos, quando a cláusula de responsabilidade constar em contrato de adesão. Isso porque, em regra, o fiador não responde por tais prejuízos, uma vez que a fiança não admite interpretação extensiva.

No caso de pagamento, o fiador tem direito aos juros do desembolso pela taxa estipulada na obrigação principal, e, não havendo taxa convencionada, aos juros legais da mora (art. 833 do CC). Como é notório, os juros legais de mora constantes do art. 406 do CC são de 1% ao mês ou 12% ao ano, segundo o entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante.

O art. 834 do CC traz um direito a favor do fiador. Quando o credor, sem justa causa, deixar de dar andamento à execução iniciada contra o devedor, poderá o fiador fazê-lo. Anote-se que, pelo art. 567, III, do CPC, também poderá promover a execução ou nela prosseguir o sub-rogado, nos casos de sub-rogação legal ou convencional. E, como se sabe, a hipótese do fiador que paga a dívida é justamente a de sub-rogação legal.

O art. 835 do CC é um dos mais comentados da atual codificação, *in verbis*:

> "Art. 835. O fiador poderá exonerar-se da fiança que tiver assinado sem limitação de tempo, sempre que lhe convier, ficando obrigado por todos os efeitos da fiança, durante sessenta dias após a notificação do credor".

Trata-se de uma norma especial, aplicável para a fiança sem prazo determinado ou, em outras palavras, para a fiança celebrada com prazo indeterminado. Para esses casos, o fiador poderá exonerar-se a qualquer tempo, mediante notificação, judicial ou extrajudicial, dirigida ao credor com quem mantém o contrato. A garantia se estende até sessenta dias após a notificação, estando o fiador totalmente exonerado depois desse prazo. O caso é de resilição unilateral, eis que a lei expressamente assegura esse direito potestativo ao fiador. Conforme antes destacado, a Lei 12.112/2009 introduziu o mesmo sistema para a fiança locatícia, com a diferença que a garantia persiste por mais 120 dias após a notificação do credor (locador).

Questão de debate se refere à possibilidade de renúncia ao direito de exonerar-se, por expressa previsão no contrato de fiança. Filia-se ao entendimento segundo o qual se trata de norma de ordem pública, o que faz com que a renúncia convencional seja nula, para qualquer contrato. Entre tantos, essa é a opinião do Desembargador do TJSP, Cláudio Antônio dos Santos Levada.[89]

Sem prejuízo da exoneração por ato unilateral (art. 835 do CC), gera a extinção da fiança a morte do fiador, conforme o art. 836 do CC. Vale transcrevê-lo para que não haja interpretações equivocadas:

> "Art. 836. A obrigação do fiador passa aos herdeiros; mas a responsabilidade da fiança se limita ao tempo decorrido até a morte do fiador, e não pode ultrapassar as forças da herança".

Pode parecer que o dispositivo indica que a condição de fiador transmite-se aos herdeiros. Nada disso. O contrato de fiança é personalíssimo, *intuitu personae*, sendo extinto pela morte do fiador. Utilizando-se a feliz expressão de Orlando Gomes, há, na espécie, uma *cessação contratual*. Entretanto, as obrigações vencidas enquanto era vivo o fiador transmitem-se aos herdeiros, até os limites da herança.

Além da extinção da fiança em decorrência da morte do fiador e da resilição unilateral anteriormente estudada, os arts. 837 a 839 do CC trazem outras causas de extinção. Vejamos:

– Nos termos do art. 837 do CC, o fiador poderá opor ao credor as defesas ou exceções que lhe forem pessoais e que geram a extinção do contrato (*v.g.*, nulidade, anulabilidade, incapacidade). Poderá alegar também as defesas extintivas da obrigação que competem ao devedor principal (*v.g.*, pagamento direto ou indireto, prescrição).
– O fiador, ainda que solidário, ficará desobrigado se, sem o seu consentimento, o credor conceder moratória ao devedor (art. 83 I). O Superior Tribunal de Justiça entende que a regra também se aplica no caso de transação entre as partes, o que parece óbvio: "Conquanto a transação e a moratória sejam institutos jurídicos diversos, ambas têm o efeito comum de exoneração do fiador que não anuiu com o acordo firmado entre credor e devedor (art. 838, I, do CC)" (STJ, REsp 1.013.436-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 11.09.2012, publicado no seu *Informativo* n. *504*).
– A fiança será extinta se, por fato do credor, for impossível a sub-rogação nos seus direitos e preferências. A título de exemplo, pode ser citado o caso em que o credor renuncia a eventual preferência sobre coisa que detinha, em decorrência de direito real de garantia, hipótese em que não interessará a sub-rogação ao fiador.
– A fiança ainda será extinta se o credor, em pagamento da dívida, aceitar amigavelmente do devedor objeto diverso do conteúd da dívida obrigada, ainda que depois venha a perdê-lo em decorrência de evicção (dação em pagamento).
– O art. 839 do CC enuncia que se for invocado o benefício de ordem e o devedor, retardando-se a execução, cair em insolvênc ficará exonerado o fiador que invocou este benefício. Para tanto, deverá o fiador comprovar que os bens por ele indicados eram, ao tempo da penhora, suficientes para a solução da dívida afiançada. A norma tende a punir a inoperância do credor, a negligência do mesmo em receber a sua dívida.

Além do que consta nesses dispositivos, a extinção da fiança pode ocorrer também por ato amigável entre o fiador e o credor (distrato) ou por decisão judicial em *ação de exoneração de fiança*, que segue o rito ordinário. Nessa ação, caberá ao fiador alegar todas as causas aqui elencadas, seja em relação à fiança, seja em relação à dívida garantida.

6.19 DA TRANSAÇÃO (ARTS. 840 A 850 DO CC)

A transação consiste no contrato pelo qual as partes pactuam a extinção de uma obrigação por meio de concessões mútuas ou recíprocas, o que também pode ocorrer de forma preventiva (art. 840 do CC). Interessante verificar, contudo, que se ambas as partes não cedem, não há que se falar em transação. Se não há essas concessões mútuas ou recíprocas, não está presente a transação, mas um mero acordo entre as partes.

As partes do contrato são denominadas *transigentes* ou *transatores*. Segundo a jurisprudência, a transação, mormente a judicial, gera efeitos como a coisa julgada (nesse sentido, ver: STJ, REsp 486.056/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 18.11.2004, *DJ* 06.12.2004, p. 285).

Quanto à sua natureza jurídica, trata-se de um contrato bilateral, oneroso, consensual e comutativo, devendo ter como objeto apenas direitos obrigacionais de cunho patrimonial e de caráter privado (art. 841 do CC). Exemplificando, a transação não pode ter como objeto os direitos da personalidade ou aqueles relacionados ao Direito de Família – caso dos alimentos e das relações de parentesco, por exemplo. Anote-se, contudo, que tem se admitido amplamente a transação quanto aos alimentos, por supostamente envolver direitos patrimoniais. Todavia, na opinião deste autor, os alimentos estão mais para os direitos existenciais de personalidade do que para os direitos patrimoniais, sendo vedada a transação quanto à sua existência. Relativamente ao seu valor, é possível a transação, o que não afasta a possibilidade de discussão posterior, havendo necessidade.

O contrato de transação é não solene, como regra geral. Mas, eventualmente, haverá a necessidade de escritura pública, se o contrato tiver por objeto um bem imóvel, podendo assumir a forma de contrato solene. Enuncia o art. 842 do CC que "A transação far-se-á por escritura pública, nas obrigações em que a lei o exige, ou por instrumento particular, nas em que ela o admite; se recair sobre direitos contestados em juízo, será feita por escritura pública, ou por termo nos autos, assinado pelos transigentes e homologado pelo juiz". Para os demais casos, exige-se, pelo menos, a forma escrita (contrato formal e não solene). Em resumo, o dispositivo traz as duas formas básicas que a transação pode assumir:

a) *Transação judicial* ou *extintiva*: feita perante o juiz, havendo litígio em relação à determinada obrigação. A lei prevê a necessidade de escritura pública ou de termo nos autos, assinado pelas partes e homologado pelo juiz da causa.

b) *Transação extrajudicial* ou *preventiva*: realizada com o intuito de prevenir eventual litígio judicial, não havendo maiores solenidades apontadas pela lei, exigindo-se apenas a forma escrita.

Nos dois casos, a transação deve ser interpretada de forma restritiva, nunca de forma extensiva. Isso porque o negócio é benéfico, de restrição de direitos obrigacionais das partes. O julgado a seguir traz importante aplicação dessa conclusão, particularmente ao contrato de trabalho:

"Transação firmada na Justiça do Trabalho. Cláusula que estipula renúncia ao pedido de indenização na Justiça comum.

Precedentes da Corte. 1. A transação deve ser interpretada restritivamente, como neste caso, quando firmada na Justiça do Trabalho com cláusula de renúncia ao pedido de indenização na Justiça comum, sem que haja sequer a especificação da verba acordada para pôr fim à reclamação trabalhista. 2. Recurso especial não conhecido" (STJ, REsp 565.257/RO, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3.ª Turma, j. 14.06.2004, *DJ* 30.08.2004, p. 282).

Por meio da transação não se transmitem, mas apenas se declaram ou reconhecem direitos (art. 843 do CC). Mesmo com essas limitações, em alguns casos é possível transigir acerca do *quantum* a ser pago, como ocorre nas hipóteses de transação envolvendo indenização fundada na responsabilidade civil ou quanto ao valor dos alimentos. Justamente por isso é que a transação é tida como um contrato de natureza declaratória, pois gera a extinção de obrigações.

Diante da sua natureza contratual, a transação não aproveita nem prejudica terceiros, senão aos que nela intervierem, ainda que diga respeito a coisa indivisível, gerando efeitos *inter partes*, em regra (art. 844 do CC). Entretanto, o próprio dispositivo traz algumas exceções:

1.ª) Se a transação for concluída entre o credor e o devedor sem o conhecimento do fiador, este ficará desobrigado.
2.ª) Sendo efetuada entre um dos credores solidários e o devedor, extingue-se a obrigação deste para com os outros credores.
3.ª) Se realizada entre um dos devedores solidários e seu credor, extingue-se a dívida em relação aos codevedores.

Ainda no que concerne ao dispositivo em questão, na *V Jornada de Direito Civil*, evento de 2011, aprovou-se enunciado com interessante enfoque prático, estabelecendo que "A transação, sem a participação do advogado credor dos honorários, é ineficaz quanto aos honorários sucumbenciais definidos no julgado" (Enunciado n. 442 do CJF/STJ).

Ocorrendo a evicção da coisa renunciada por um dos transigentes, ou por ele transferida à outra parte, não reviverá a obrigação extinta pela transação; mas ao evicto cabe o direito de reclamar perdas e danos (art. 845 do CC). Insta confrontar o dispositivo com o art. 359 do CC, pelo qual, na dação em pagamento, ocorrendo a evicção da coisa dada, retornará a prestação primitiva, com todos os seus efeitos, salvo os direitos de terceiros. Como se pode perceber, isso não ocorre na transação, o que diferencia os dois institutos quanto aos efeitos. De qualquer forma, a transação é instituto totalmente diverso da dação em pagamento, forma de pagamento indireto em que ocorre a mera substituição da prestação. A transação é um contrato típico que extingue obrigações por meio de mútuas concessões.

Aliás, a transação também não se confunde com a novação, pois ela não cria uma nova obrigação. Na transação, a obrigação é somente *diminuída* pelo acordo entre as partes; enquanto a novação não é um contrato, mas sim negócio jurídico bilateral (forma de pagamento indireto).

Ainda no que concerne ao art. 845 do CC, prescreve o seu parágrafo único que se um dos transigentes adquirir, depois da transação, novo direito sobre a coisa renunciada ou transferida, a

transação feita não o inibirá de exercê-lo. Exemplificando, se o transigente tiver frutos a colher sobre o bem, poderá cobrá-los na forma da lei processual.

No que interessa à transação civil concernente a obrigações resultantes de delito, esta não extingue a ação penal pública (art. 846 do CC). Isso porque a responsabilidade civil independe da criminal, e vice-versa, nos termos do art. 935 do CC. Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, com razão, a regra é desnecessária, diante de princípios de ordem pública e de preservação social.[90]

Diante do seu caráter declaratório, é admissível, na transação, a pena convencional, multa ou cláusula penal (art. 847 do CC). No que concerne à multa compensatória, deve-se observar o limite constante do art. 412 do CC (valor da obrigação principal), cabendo a redução por equidade constante do art. 413 do CC se a cláusula penal for exagerada. No caso de multa moratória deverão ser observados os limites que constam em leis específicas, como é o montante de 2% (dois por cento) do valor da dívida, para os casos de relação de consumo, conforme o art. 52, § 1.º, do CDC.

Em decorrência do princípio da indivisibilidade adotado pelo Código Civil no art. 848, sendo nula qualquer cláusula da transação, nula será toda ela. O que se percebe é que, em regra, não se aplica o princípio da conservação contratual (Enunciado n. 22 do CJF/STJ), também diante do que consta do art. 843 do CC, pelo qual a transação não admite interpretação extensiva. Porém, a aplicação do princípio é possível em casos especiais, prevendo o parágrafo único do art. 848 do CC que, na hipótese em que a transação versar sobre diversos direitos contestados e independentes entre si, o fato de não prevalecer em relação a um não prejudicará os demais. Sintetizando, a nulidade de um direito não pode atingir outros, havendo independência entre eles.

O art. 849 do CC, outra norma especial, preconiza que “a transação só se anula por dolo, coação, ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa. Parágrafo único. A transação não se anula por erro de direito a respeito das questões que foram objeto de controvérsia entre as partes”. Dúvidas surgem a respeito da redação do dispositivo: a transação não se anula pelos demais vícios do negócio jurídico? Não se anula por lesão, por estado de perigo ou por fraude contra credores? Haverá nulidade absoluta no caso de simulação? Seria um descuido do legislador atual a exemplo do que fez o legislador anterior? Vale lembrar que o art. 1.030 do CC/1916 tinha a seguinte redação: “A transação produz entre as partes o efeito de coisa julgada, e só se rescinde por dolo, violência, ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa”.

Na doutrina o equívoco é percebido por vários doutrinadores. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho apontam que o dispositivo não afasta a nulidade relativa ou anulabilidade por estado de perigo, lesão e fraude contra credores, e, principalmente, a nulidade absoluta diante da simulação, particularmente porque o art. 167 do CC é norma de ordem pública.[91] A opinião é compartilhada por Sílvio de Salvo Venosa.[92] Como não poderia ser diferente, filia-se aos juristas, sendo certo que à transação deverá ser aplicada a teoria das nulidades tratada na Parte Geral do CC/2002. Conclui-se,

nesse diapasão, que o rol do art. 849, *caput*, do CC é meramente exemplificativo (*numerus apertus*), e não taxativo (*numerus clausus*).

A encerrar o tratamento legislativo da transação, determina o art. 850 do CC que é nula a transação a respeito do litígio decidido por sentença passada em julgado, se dela não tinha ciência algum dos transatores, ou quando, por título ulteriormente descoberto, se verificar que nenhum deles tinha direito sobre o objeto da transação. A norma é de ordem pública, pois o caso é de *nulidade textual* (art. 166, VII, do CC). O exemplo apresentado por Sílvio Venosa elucida bastante a amplitude da norma: "Acordam, por exemplo, as partes em transigir acerca da posse ou da propriedade de um imóvel. Depois se verifica que a posse ou a propriedade é de um terceiro; falece de objeto a transação efetuada".[93]

6.20 DO COMPROMISSO (ARTS. 851 A 853 DO CC)

O compromisso é o acordo de vontades por meio do qual as partes, preferindo não se submeter à decisão judicial, confiam a árbitros a solução de seus conflitos de interesse, de cunho patrimonial. O compromisso, assim, é um dos meios jurídicos que pode conduzir à arbitragem.

Nos dizeres de Carlos Alberto Carmona a arbitragem constitui um "meio alternativo de solução de controvérsia através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial".[94] Para o jurista, a *arbitragem é jurisdição*, sendo essa a opção da Lei 9.307/1996.

Conforme assinala a doutrina civilista contemporânea, o conceito de compromisso é mais amplo do que o de arbitragem, pois, por meio do primeiro, as partes se remetem à segunda, para a solução de suas contendas.[95] Em suma, a partir das doutrinas aqui citadas, pode-se dizer que *o compromisso é contrato, a arbitragem é jurisdição; o compromisso é um contrato que gera efeitos processuais*. Sendo contrato, diante da mudança de tratamento dada pela codificação de 2002, o compromisso está regido pelo princípio da autonomia privada, que vem a ser o direito que a pessoa tem de regulamentar os próprios interesses. Pela proposta deste livro, somente serão comentadas as regras constantes do Código Civil (arts. 851 a 853).

Conforme prevê o art. 852 do CC, a arbitragem restringe-se somente a *direitos patrimoniais disponíveis*, não podendo atingir os direitos da personalidade ou inerentes à dignidade da pessoa humana. Também não podem ter como conteúdo a solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.

Não se pode confundir a *arbitragem* com a *mediação*. Na arbitragem, os árbitros nomeados decidem questões relativas a uma obrigação de cunho patrimonial. Na mediação, os mediadores

buscam a facilitação do diálogo entre as partes para que elas mesmas se componham. A mediação pode estar relacionada com direitos personalíssimos, como aqueles decorrentes de Direito de Família. Tanto isso é verdade que o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) busca a sua efetivação prática, havendo propostas legislativas para a introdução da mediação no Direito de Família Brasileiro.

Quanto ao *compromisso arbitral*, trata-se de um contrato bilateral, oneroso, consensual e comutativo. Como ocorre com a transação, o compromisso muito se aproxima das formas de extinção das obrigações por pagamento indireto, como, aliás, antes era tratado.

O art. 851 do CC admite duas formas de compromisso arbitral, o *judicial* e o *extrajudicial*. O compromisso judicial é aquele celebrado na pendência da lide (*endoprocessual*), por termo nos autos, o que faz cessar as funções do juiz togado. O compromisso extrajudicial está presente nas hipóteses em que ainda não foi ajuizada a ação (*extraprocessual*), podendo ser celebrado por escritura pública ou escrito particular a ser assinado pelas partes e por duas testemunhas.

O art. 853 do CC consagra a possibilidade da *cláusula compromissória*, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida pela Lei 9.307/1996. Nesse sentido, o seu art. 4.º dispõe que "a cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato".

Essa cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserida no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira. Em regra, a referida cláusula vincula as partes, sendo obrigatória, diante do princípio da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*).

Entretanto, estatui o art. 51, VII, do CDC que, nos contratos de consumo, será nula por abusividade a cláusula que impõe a utilização compulsória da arbitragem. No que se refere aos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com assinatura ou visto especialmente para essa cláusula (art. 4.º, § 2.º, da Lei 9.307/1996).

Encerrando o tratamento do tema, destaque-se que o Superior Tribunal de Justiça editou, no ano de 2012, a Súmula 485, enunciando que "A Lei de Arbitragem aplica-se aos contratos que contenham cláusula arbitral, ainda que celebrados antes da sua edição". Três argumentos podem ser utilizados para fundamentar a ementa. O primeiro é o de ser a norma de ordem pública, presente uma *retroatividade motivada*. O segundo argumento está relacionado à aplicação imediata das normas de cunho processual. A terceira premissa é a relativa ao reconhecimento anterior da arbitragem pela cultura jurídica nacional.

---

[1] ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil anotado*. São Paulo: Método, 2005. p. 255.

[2] No mesmo sentido: DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3, p. 185; LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao Código Civil*. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 6, p. 88; ALVES, Jones Figueirêdo. *Código Civil comentado*. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 455; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 520.

[3] AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Comentários ao novo Código Civil*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Rio de Janeiro: Forens 2005. v. VII, p. 205.

[4] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 416.

[5] AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Comentários ao novo Código Civil*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Rio de Janeiro: Forens 2005. v. VII, p. 246.

[6] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 416.

[7] VENOSA, Silvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 532.

[8] AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Comentários ao novo Código Civil*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Rio de Janeiro: Forens 2005. v. VII, p. 199.

[9] Conceitos retirados da sempre inspiradora: DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 405.

[10] SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil. Contratos*. Série Leituras Jurídicas. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 146.

[11] ROSENVALD, Nelson. *Código Civil comentado*. In: PELUSO, Cezar. São Paulo: Manole, 2007. p. 397.

[12] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 532.

[13] AZEVEDO JR., José Osório de. *Compra e venda. Troca ou permuta*. Col. Biblioteca de Direito Civil. Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale. São Paulo: RT, 2005. p. 83.

[14] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 417.

[15] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao Código Civil*. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 6, p. 154.

[16] Nesse sentido: LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao Código Civil*. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 6.

[17] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 423.

[18] Nesse sentido: LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao Código Civil*. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 6, p. 207.

[19] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3, p. 224-225.

[20] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3, p. 225.

[21] Assim concluindo: DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3, p. 228; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. Contratos e Atos Unilaterais. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3, p. 272-273; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 551.

[22] SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil. Contratos*. Série Leituras Jurídicas. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 170.

[23] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3, p. 229.

[24] SIMÃO, José Fernando. *Direito civil. Contratos*. Série Leituras Jurídicas. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 168-169.

25 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 551-552.

26 Os dois primeiros citados pelo último: LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Do contrato estimatório e suas vicissitudes*. In: DELGADO, Mário Luiz e ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2004. v. 2.

27 Em sentido próximo, por todos, com apurado estudo: PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação com encargo e causa contratual*. São Paulo: Millennium, 2004.

28 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2008. v. IV, t. II, p. 95-96.

29 DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 432.

30 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao Código Civil*. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 6, p. 279.

31 Nesse sentido: GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Atualizadores: Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. In: BRITO, Edvaldo. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 254; DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3, p. 232; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. Contratos e Atos Unilaterais. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3, p. 280.

32 CHINELATO, Silmara Juny. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 337.

33 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. Contratos e Atos Unilaterais. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3, p. 288.

34 SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Contratos nominados II. Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale*. São Paulo: RT, 2006. p. 109. Atualmente, o regime da separação obrigatória de bens é imposto aos maiores de 70 (setenta) anos, conforme a redação dada pela Lei 12.344/2010 ao art. 1.641, II, do CC.

35 MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Novo Código Civil anotado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v. III, t. I, p. 198.

36 Assim concluindo: VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 563; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. Contratos e Atos Unilaterais. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3, p. 293-294.

37 Ver: ALVES, Jones Figueirêdo. *Código Civil comentado*. 6. ed. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 500.

38 Por todos: MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Novo Código Civil anotado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v. III, t. I, p. 201.

39 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3, p. 331-332.

40 MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Novo Código Civil anotado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v. III, t. I, p. 256.

41 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. Contratos e Atos Unilaterais. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3, p. 357.

42 LOPEZ, Teresa Ancona. *Comentários ao novo Código Civil*. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 7, p. 154.

43 Como entende: DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 458.

44 Assim concluindo: DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 461; LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil anotado*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 365; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 601.

45 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil. Direito das obrigações*. 2.ª Parte. 34. ed. atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 5, p. 219.

46 ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil anotado*. São Paulo: Método, 2005. p. 291.

47 MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Novo Código Civil anotado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v. III, t. I, p. 309.

[48] Nesse sentido, ver: FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de Direito Civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 786-795.

[49] Nessa linha: MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil. Direito das obrigações*. 2.ª Parte. 34. ed. atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 5, p. 224; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 1. ed. atual. por Régis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. III, p. 316; DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 466-467.

[50] Ver: DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 470-471.

[51] ALVES, Jones Figueirêdo. *Código Civil comentado*. 6. ed. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 571-572.

[52] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 482.

[53] Caminho seguido desde a primeira edição do Volume 3 da nossa coleção de Direito Civil. Veja: TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. Teoria geral dos contratos. 6. ed. São Paulo: Método, 2011. v. 3.

[54] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Prisão civil por dívida e o Pacto de San José da Costa Rica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 180.

[55] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 635-636.

[56] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3, p. 376.

[57] ASSIS, Araken de. *Contratos nominados*. Col. Biblioteca de Direito Civil. Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale. São Paulo: RT, 2005. p. 70.

[58] TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao novo Código Civil*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. São Paulo: Forense, 2008. v. X, p. 228.

[59] CASES, José Maria Trepat. *Código Civil comentado*. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça de. São Paulo: Atlas, 2003. v. VIII, p. 24

[60] CIAN, Giorgio e TRABUCHI, Alberto. *Commentario breve al Codice Civile*. Padova: Cedam, 1992. p. 1.406.

[61] ASSIS, Araken de. *Contratos nominados*. Col. Biblioteca de Direito Civil. Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale. São Paulo: RT, 2005. p. 180.

[62] CASES, José Maria Trepat. *Código Civil comentado*. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça de. São Paulo: Atlas, 2003. v. VIII, p. 53

[63] CASES, José Maria Trepat. *Código Civil comentado*. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça de. São Paulo: Atlas, 2003. v. VIII, p. 64

[64] Nesse sentido: TEPEDINO, Gustavo. *Comentários ao novo Código Civil*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. São Paulo: Forense, 2008. v. X, p. 372; GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2008. v. IV, t. II, p. 397; ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil Anotado*. São Paulo: Método, 2005, p. 323.

[65] COLTRO, Antonio Carlos Mathias. *Contrato de corretagem imobiliária*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 37.

[66] TEPEDINO, Gustavo. Questões controvertidas sobre o contrato de corretagem. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 131.

[67] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 681.

[68] COLTRO, Antonio Carlos Mathias. *Contrato de corretagem imobiliária*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 28.

[69] MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade civil no transporte aéreo*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 419.

[70] MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade civil no transporte aéreo*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 419.

[71] ASSIS, Araken de. *Contratos nominados*. Col. Biblioteca de Direito Civil. Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale. São Paulo: RT, 2005. p. 317.

[72] VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. 6. ed. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 671.

[73] GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Código Civil interpretado*. Coord. Cezar Peluso. São Paulo: Manole, 2007.

[74] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 697.

[75] NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 496.

[76] NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 498.

[77] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 702.

[78] TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. *O contrato de seguro*: de acordo com o novo Código Civil brasileiro. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 30.

[79] CASES, José Maria Trepat. *Código Civil comentado*. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça de. São Paulo: Atlas, 2003. v. VIII, p. 243.

[80] ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil anotado*. São Paulo: Método, 2005. p. 342.

[81] CASES, José Maria Trepat. *Código Civil comentado*. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça de. São Paulo: Atlas, 2003. v. VIII, p. 258.

[82] CASES, José Maria Trepat. *Código Civil comentado*. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça de. São Paulo: Atlas, 2003. v. VIII, p. 307.

[83] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 561.

[84] Assim entendendo: DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, p. 563; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 736.

[85] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, p. 563; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 736.

[86] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, p. 563-564; CASES, José Maria Trepat. *Código Civil comentado*. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça de. São Paulo: Atlas, 2003. v. VIII, p. 349.

[87] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 566.

[88] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 566.

[89] LEVADA, Cláudio Antônio dos Santos. Fiança locatícia. In: CASCONI, Francisco Antonio e AMORIM, José Roberto Neves *Locações*: aspectos relevantes. São Paulo: Método, 2004. p. 60.

[90] GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2008. v. IV, t. II, p. 227.

[91] GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2008. v. IV, t. II, p. 221.

[92] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 764.

[93] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 764.

[94] CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. Um comentário à Lei 9.307/1996. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 51

[95] GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2008. v. IV, t. II, p. 211.

7

DIREITO DAS COISAS

7.1 INTRODUÇÃO. CONCEITOS DE DIREITO DAS COISAS E DE DIREITOS REAIS. DIFERENÇAS ENTRE OS INSTITUTOS E SUAS CARACTERÍSTICAS GERAIS

É notória a classificação dos direitos patrimoniais em direitos pessoais e direitos reais, o que é confirmado por uma simples leitura do índice do CC/2002. Os direitos patrimoniais pessoais estão disciplinados no conteúdo do Direito das Obrigações (arts. 233 a 420 e arts. 854 a 965), do Direito Contratual (arts. 421 a 853) e do Direito de Empresa (arts. 966 a 1.195). Também há regras pessoais

patrimoniais nos livros dedicados ao Direito de Família e ao Direito das Sucessões. Por outra via, os direitos patrimoniais de natureza real estão previstos entre os arts. 1.196 a 1.510, no livro denominado "Do Direito das Coisas" (Livro III).

A utilização dos termos *Direito das Coisas* e *Direitos Reais* sempre gerou dúvidas entre os estudantes e aplicadores do Direito. Para a cabível diferenciação, pode-se dizer:

– Direito das Coisas – é o ramo do Direito Civil que tem como conteúdo relações jurídicas estabelecidas entre pessoas e coisas determinadas ou determináveis. Como *coisas*, pode-se entender tudo aquilo que não é humano, conforme exposto no Capítulo 2 desta obra, ou ainda os bens corpóreos, na linha da polêmica existente na doutrina. No âmbito do Direito das Coisas há uma relação de domínio exercida pela pessoa (sujeito ativo) sobre a coisa. Não há sujeito passivo determinado, sendo esse toda a coletividade. Segue-se a clássica conceituação de Clóvis Beviláqua citada, entre outros, por Carlos Roberto Gonçalves, para quem o Direito das Coisas representa um complexo de normas que regulamenta as relações dominiais existentes entre a pessoa humana e coisas apropriáveis.[1]

– Direitos Reais – conjunto de categorias jurídicas relacionadas à propriedade, descritas inicialmente no art. 1.225 do CC. Os Direitos Reais formam o conteúdo principal do Direito das Coisas, mas não exclusivamente, eis que existem institutos que compõem a matéria e que não são Direitos Reais.

A utilização dos dois termos divide a doutrina. *Direitos Reais* é usado por Caio Mário da Silva Pereira, Orlando Gomes, Sílvio de Salvo Venosa, Marco Aurélio S. Viana, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald. Já a expressão *Direito das Coisas* consta das obras de Lafayette Rodrigues Pereira, Clóvis Beviláqua, Silvio Rodrigues, Washington de Barros Monteiro, Maria Helena Diniz, Arnaldo Rizzardo, Marco Aurélio Bezerra de Melo, Luciano de Camargo Penteado, Carlos Roberto Gonçalves e Álvaro Villaça Azevedo. Aliás, o último doutrinador, em obra lançada no ano de 2014, conceitua a expressão *Direito das Coisas* como "o conjunto de normas reguladoras das relações jurídicas, de caráter econômico, entre as pessoas, relativamente a coisas corpóreas, capazes de satisfazer às suas necessidades e suscetíveis de apropriação, dentro do critério da utilidade e da raridade".[2]

Prefere-se a última expressão, por duas razões fundamentais. *Primeiro*, por explicar o ramo do Direito Civil que ora se estuda. *Segundo*, porque o CC/2002 a utiliza para denotar o livro correspondente em que são abordados a posse e os direitos reais.

A respeito dos direitos reais, da obra clássica de Orlando Gomes, devidamente atualizada por Luiz Edson Fachin, podem ser retiradas duas teorias justificadoras:[3]

a) *Teoria personalista* – teoria pela qual os direitos reais são relações jurídicas estabelecidas entre pessoas, mas intermediadas por coisas. Segundo Orlando Gomes, "a diferença está no sujeito passivo. Enquanto no direito pessoal, esse sujeito passivo – o devedor – é pessoa certa e determinada, no direito real seria indeterminada, havendo nesse caso uma obrigação passiva universal, a de respeitar o direito – obrigação que se concretiza toda vez que alguém o viola".[4] Essa teoria nega realidade metodológica aos Direitos Reais e ao Direito das Coisas, entendidas as expressões como

extensões de um campo metodológico.

b) *Teoria realista ou clássica* – o direito real constitui um poder imediato que a pessoa exerce sobre a coisa, com eficácia contra todos (*erga omnes*). O direito real opõe-se ao direito pessoal, pois o último traz uma relação pessoa-pessoa, exigindo-se determinados comportamentos.

A última teoria parece ser a que melhor explica o fenômeno. Como ensina o próprio Orlando Gomes, "o retorno à doutrina clássica está ocorrendo à luz de novos esclarecimentos provindos da análise mais aprofundada da estrutura dos direitos reais. Os partidários dessa doutrina preocupavam-se apenas com as manifestações externas desses direitos, particularmente com as consequências da oponibilidade *erga omnes*, objetivadas pela sequela. Voltam-se os autores modernos para a estrutura interna do direito real, salientando que o poder de utilização da coisa, sem intermediário, é o que caracteriza os direitos reais".[5]

Mesmo com a adesão à *teoria realista*, é preciso apontar que há forte tendência de *contratualização do Direito Privado*, uma vez que o contrato vem ganhando campos que antes não eram de sua abrangência. Por essa tendência, ousa-se afirmar que todos os institutos negociais de Direito Civil são contratos, pela forte influência exercida pelo princípio da autonomia privada. Diante dessa influência, Luciano de Camargo Penteado discorre sobre a existência de *Contratos de Direito das Coisas*. São suas palavras:

> "Todo contrato gera obrigação para, ao menos, uma das partes contratantes. Entretanto, nem todo contrato rege-se, apenas, pelo direito das obrigações. Existem contratos de direito de empresa, contratos de direito obrigacional, contratos de direito das coisas, contratos de direito de família. No sistema brasileiro, não existem contratos de direito das sucessões, por conta da vedação do art. 426 do CC, o que significa que, *de lege ferenda*, não se possa introduzir, no direito positivo, a figura, doutrinariamente admitida e utilizada na praxe de alguns países, como é o caso da Alemanha. Interessante proposição teórica seria, em acréscimo, postular a existência de contratos da parte geral, como parece ser o caso do ato que origina a associação, no atual sistema do Código Civil".[6]

Ilustrando, institutos como o penhor, a hipoteca e o compromisso de compra e venda registrado na matrícula do imóvel deixam de ser direitos reais e passam a ser considerados contratos. De qualquer forma, ainda é cedo para confirmar essa tendência de contratualização, principalmente no Brasil, o que coloca em xeque toda a divisão metodológica que se propõe no Direito Brasileiro. Para o futuro, a *contratualização do Direito Civil* é a tendência.

Os direitos reais giram em torno do conceito de propriedade, e, como tal, apresentam caracteres próprios que os distinguem dos direitos pessoais de cunho patrimonial. A partir da doutrina contemporânea de Maria Helena Diniz, podem ser apontadas as seguintes características dos direitos reais:[7]

- Oponibilidade *erga omnes*, ou seja, contra todos os membros da coletividade.

- Existência de um direito de sequela, que segue a coisa.
- Previsão de um direito de preferência a favor do titular de um direito real.
- Possibilidade de abandono dos direitos reais, de renúncia a tais direitos.
- Viabilidade de incorporação da coisa por meio da posse.
- Previsão da usucapião como um dos meios de sua aquisição.
- Suposta obediência a um rol taxativo (*numerus clausus*) de institutos, previstos em lei, o que consagra o *princípio da tipicidade dos direitos reais*.
- Regência pelo *princípio da publicidade dos atos*, o que se dá pela entrega da coisa ou tradição (no caso de bens móveis) e pelo registro (no caso de bens imóveis).

Analisadas, em termos gerais, tais características, é preciso aqui aprofundar o tema, diante da atual realidade do Direito Privado Brasileiro.

De início, é comum afirmar que os direitos reais são *absolutos*, no sentido de que trazem efeitos contra todos (*princípio do absolutismo*). Todavia, como fazem Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, é preciso esclarecer que esse absolutismo não significa dizer que os direitos reais geram um "poder ilimitado de seus titulares sobre os bens que se submetem a sua autoridade. Como qualquer outro direito fundamental, o ordenamento jurídico o submete a uma ponderação de valores, eis que, em um Estado Democrático de Direito marcado pela pluralidade, não há espaço para dogmas".[8] Têm plena razão os doutrinadores, sendo o pluralismo um dos aspectos do Direito Civil Contemporâneo, da realidade pós-moderna. Em suma, em casos de colisão que envolvem os direitos fundamentais, caso do direito de propriedade, deve-se buscar a solução na técnica, de ponderação, desenvolvida, entre outros por Robert Alexy. Cite-se, por exemplo, o conflito entre o direito de propriedade e a proteção ambiental, ambos tutelados constitucionalmente.

No tocante à existência de um rol taxativo, ou *numerus clausus*, quanto aos direitos reais, também vem se insurgindo a civilística contemporânea. Para a análise da questão, é importante transcrever a atual redação do art. 1.225 do CC em vigor:

"Art. 1.225. São direitos reais:

I – a propriedade;

II – a superfície;

III – as servidões;

IV – o usufruto;

V – o uso;

VI – a habitação;

VII – o direito do promitente comprador do imóvel;

VIII – o penhor;

IX – a hipoteca;

X – a anticrese;

XI – a concessão de uso especial para fins de moradia; (Incluído pela Lei 11.481/2007).

XII – a concessão de direito real de uso (Incluído pela Lei 11.481/2007)".

Observe-se que a Lei 11.481, de 31 de maio de 2007, introduziu duas novas categorias de direitos reais sobre coisa alheia: a concessão de uso especial para fins de moradia e a concessão de direito real de uso, que também podem ser objeto de hipoteca, conforme a nova redação que foi dada ao art. 1.473 do CC. Assim, já se percebe, de imediato, que a lei pode criar, sucessivamente, outros direitos reais. Tais novos direitos reais visam regularizar *áreas favelizadas*, muitas vezes áreas públicas que não podem ser objeto de usucapião.

Ato contínuo de estudo, a Lei 11.977/2009, que dispõe sobre o *Programa Minha Casa Minha Vida*, trata no seu art. 59 da *legitimação da posse*, que, devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis, constitui *direito* em favor do detentor da posse direta para fins de moradia. Tal instituto será concedido aos moradores cadastrados pelo poder público, desde que: *a)* não sejam concessionários, foreiros ou proprietários de outro imóvel urbano ou rural; e *b)* não sejam beneficiários de legitimação de posse concedida anteriormente. Pontue-se, a propósito, que na *VI Jornada de Direito Civil* (2013) foi aprovado o Enunciado n. 563, dispondo que o reconhecimento da posse por parte do Poder Público competente, anterior à sua legitimação e nos termos da Lei 11.977/2009, constitui título possessório.

Reconhecido o instituto como um direito real, como realmente parece ser, verifica-se que ele amplia o rol do art. 1.225 do CC. Em suma, as leis extravagantes podem criar novos direitos reais, sem a sua descrição expressa no dispositivo civil. Pode-se dizer, assim, que há uma *tipicidade legal* dos direitos reais, e não uma taxatividade do art. 1.225 do CC.

De toda sorte, mais do que isso, sabe-se que autonomia privada, conceituada como o direito que a pessoa tem de regulamentar os próprios interesses, é tida como um dos principais regramentos do Direito Civil Contemporâneo. A influência da autonomia privada para o Direito das Coisas, do mesmo modo, pode trazer a conclusão de que o rol constante do art. 1.225 do CC não é taxativo, mas exemplificativo, eis que a vontade humana pode criar novos direitos reais.[9] Isso está de acordo com o próprio *espírito* da atual codificação privada, que adota um sistema aberto, baseado em cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados, o que fundamenta o princípio da operabilidade, na busca de um Direito Civil mais concreto e efetivo.

Sintetizando todo esse pensamento, na doutrina contemporânea, lecionam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald que:

"Vale dizer, a rigidez na elaboração de tipos não é absoluta. Nada impede que o princípio da autonomia privada possa, no âmbito do conteúdo de cada direito real, ainda que em pequena escala, intervir para a afirmação de diferentes modelos

jurídicos, com base nos espaços consentidos em lei. Desde que não exista lesão a normas de ordem pública, os privados podem atuar dentro dos tipos legais, utilizando a sua vontade criadora para inovar no território concedido pelo sistema jurídico, modificando o conteúdo dos direitos reais afirmados pela norma. Como exemplo, podemos citar a multipropriedade – tanto resultante da fusão da propriedade individual e coletiva nas convenções de condomínio, como aquela tratada na propriedade de *shopping center*, de *flat* ou *time sharing*".[10]

Merece destaque o que é mencionado quanto à ofensa à ordem pública. Por certo é que o surgimento dos novos direitos reais encontra limites em normas cogentes, caso daquelas que consagram a função social da propriedade (art. 5.º, XXII e XXIII, da CF/1988 e art. 1.228, § 1.º, do CC). Em reforço ao que ilustram os doutrinadores citados, outro exemplo a ser mencionado é o da alienação fiduciária em garantia, que, como modalidade de propriedade resolúvel, se enquadraria no inc. I do art. 1.225 do CC. Todavia, na literalidade da norma, a alienação fiduciária em garantia não consta do dispositivo.

Em suma, o que propõem os civilistas da atual geração, é uma quebra do *princípio da taxatividade*, desde que se trabalhe dentro dos limites da lei (tipicidade), que pode até criar novos direitos reais, além daqueles previstos no art. 1.225 do CC. Trata-se de uma importante revisão conceitual dos institutos de Direito das Coisas.[11]

7.2 PRINCIPAIS DIFERENÇAS ENTRE OS DIREITOS REAIS E OS DIREITOS PESSOAIS PATRIMONIAIS. REVISÃO DO QUADRO COMPARATIVO

Tema dos mais importantes a respeito da matéria Direito das Coisas, é a diferenciação entre os direitos reais e os direitos pessoais de cunho patrimonial. Vejamos, de forma pontual.

1.ª Diferença – Os direitos reais têm como conteúdo relações jurídicas estabelecidas entre pessoas e coisas, relações essas que podem ser diretas, sem qualquer intermediação por outra pessoa, como ocorre nas formas originárias de aquisição da propriedade, caso da usucapião. Portanto, o objeto da relação jurídica é a coisa em si. Nos direitos pessoais de cunho patrimonial, o conteúdo é a existência de relações jurídicas estabelecidas entre duas ou mais pessoas, sendo o conteúdo imediato a prestação. Nos direitos reais, há apenas um sujeito ativo determinado, sendo sujeito passivo toda a coletividade (ideia de *sujeito passivo universal*, desenvolvido, entre outros, por Orlando Gomes).[12] Nos direitos pessoais, há, em regra, um sujeito ativo, que tem um direito (credor); e um sujeito passivo, que tem um dever obrigacional (devedor).

2.ª Diferença – Refere-se ao primeiro princípio regulamentador. Os direitos reais sofrem a incidência fundamental do *princípio da publicidade*, diante da importância da tradição e do registro; os direitos pessoais patrimoniais são influenciados pelo *princípio da autonomia privada*, de onde surgem os contratos e as obrigações. Todavia, conforme aduzido, cresce a importância da autonomia privada para o Direito das Coisas, particularmente pela tendência de contratualização do Direito Privado.

3.ª Diferença – Os direitos reais têm eficácia *erga omnes*, contra todos (*princípio do absolutismo*). Por outra via, costuma-se afirmar que os direitos pessoais patrimoniais, caso dos contratos, têm efeitos *inter partes*, o que é consagração da antiga regra *res inter alios* e do princípio da relatividade dos efeitos contratuais. Todavia, essa diferenciação em relação

aos efeitos tem sido relativizada pela doutrina e pela jurisprudência contemporâneas. De início, há forte tendência de se apontar a eficácia dos contratos perante terceiros e a tutela externa do crédito, como precursores da função social dos contratos. Ilustrando, repise-se o art. 608 do CC, pelo qual aquele que aliciar pessoas obrigadas em contrato escrito a prestar serviços a outrem, pagará a este o correspondente a dois anos de prestação de serviços. Por outro lado, os direitos reais têm sofrido restrições em relação aos seus efeitos. Como ponto contundente, repise-se a Súmula 308 do STJ, que enuncia: "A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel". Pelo teor da súmula, a boa-fé objetiva, caracterizada pela pontualidade contratual, vence a hipoteca, que somente gera efeitos entre a construtora e o agente financeiro. Esse ponto de aproximação *embaralha*, em relação aos efeitos, os direitos reais e os pessoais, representando forte mitigação das diferenças entre os institutos.

4.ª Diferença – Enquanto nos direitos reais, o rol é taxativo (art. 1.225 do CC), de acordo com o entendimento ainda majoritário de aplicação do princípio da tipicidade; nos direitos pessoais patrimoniais, o rol é exemplificativo, o que pode ser retirado do art. 425 do CC, pela licitude de criação de contratos atípicos. Todavia, conforme ressaltado, parte da doutrina contemporânea, como é o caso deste autor, entende que o rol dos direitos reais é exemplificativo e não mais taxativo.

5.ª Diferença – Os direitos reais geram o *direito de sequela*, respondendo a coisa, onde quer que ela esteja. Os direitos pessoais geram a responsabilidade patrimonial dos bens do devedor pelo inadimplemento da obrigação (art. 391 do CC).

6.ª Diferença – Os direitos reais têm caráter permanente; enquanto que os direitos pessoais de cunho patrimonial um suposto caráter transitório. Porém, essa diferença do mesmo modo tem sido mitigada, eis que atualmente muitos contratos trazem uma relação de perpetuidade diante de seu prolongamento no tempo. São os *contratos cativos de longa duração*, verdadeiros *casamentos contratuais*, situação muitas vezes dos contratos de seguro-saúde e de seguro de vida, celebrados a longo prazo por consumidores.[13]

Como se pode notar, muitas das diferenças apontadas tendem a desaparecer, diante da notória aproximação dos institutos reais e pessoais. Por essa aproximação, inclusive, é que se pode falar em *contratualização do Direito das Coisas*.

De qualquer maneira, o quadro diferenciador ainda deve ser apresentado, principalmente para atender aos fins desta obra, que se propõe como um *Manual de Direito Civil*, em volume único. Vejamos esse notório quadro comparativo, tratado em praticamente todos os livros relativos ao Direito das Coisas:

Direitos reais	**Direitos pessoais patrimoniais**
Relações jurídicas entre uma pessoa (sujeito ativo) e uma coisa. O sujeito passivo não é determinado, mas é toda a coletividade (sujeito passivo universal).	Relações jurídicas entre uma pessoa (sujeito ativo – credor) e outra (sujeito passivo – devedor).
Princípio da publicidade (tradição e registro).	Princípio da autonomia privada (liberdade).
Efeitos *erga omnes*. Os efeitos podem ser restringidos.	Efeitos *inter partes*. Há uma tendência de ampliação dos efeitos.
Rol taxativo (*numerus clausus*), segundo a visão clássica – art. 1.225 do CC. Essa visão vem sendo contestada pela doutrina contemporânea.	Rol exemplificativo (*numerus apertus*) – art. 425 do CC – criação dos contratos atípicos.
A coisa responde (direito de sequela).	Os bens do devedor respondem (princípio da responsabilidade patrimonial).

Caráter permanente. Instituto típico: propriedade.	Caráter transitório, em regra, o que vem sendo mitigado pelos contratos relacionais ou cativos de longa duração. Instituto típico: contrato

Também, ao colocar em dúvida esse tradicional quadro do Direito Civil, é importante salientar que existem *conceitos híbridos ou intermediários*, que se encontram em um *ponto intermediário do quadro demonstrado:*

- Posse – trata-se de um direito de natureza especial, que não se enquadra como direito real ou pessoal, como se verá adiante.
- Obrigações *propter rem* ou próprias da coisa – situam-se em uma zona intermediária entre os direitos reais e os direitos patrimoniais, sendo ainda denominadas obrigações *híbridas* ou *ambulatórias*, pois perseguem a coisa onde quer que ela esteja. Como exemplo, cite-se a obrigação do proprietário de um imóvel de pagar as despesas de condomínio. Isso pode ser retirado do art. 1.345 do CC, pelo qual o proprietário da unidade condominial em edifícios responde pelas dívidas anteriores que gravam a coisa. Esclareça-se que, com razão, o STJ tem entendido que dívidas de consumo como água, esgoto e energia elétrica não constituem obrigações *propter rem*, mas dívidas pessoais do usuário do serviço. Nessa linha, quanto às dívidas de água e esgoto, colaciona-se: "é firme o entendimento no STJ de que o dever de pagar pelo serviço prestado pela agravante – fornecimento de água – é destituído da natureza jurídica de obrigação *propter rem*, pois não se vincula à titularidade do bem, mas ao sujeito que manifesta vontade de receber os serviços (AgRg no AREsp 2.9879/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* 22.05.2012)" (STJ, AgRg no AREsp 265.966/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1.ª Turma, j. 21.03.2013, *DJe* 10.04.2013). Em complemento: "O entendimento firmado neste Superior Tribunal é no sentido de que o débito, tanto de água como de energia elétrica, é de natureza pessoal, não se caracterizando como obrigação de natureza *propter rem*" (STJ, AgRg no REsp 1.258.866/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 1.ª Turma, j. 16.10.2012, *DJe* 22.10.2012).
- Abuso de direito no exercício de propriedade ou *ato emulativo* – retirado dos arts. 187 e 1.228, § 2.º, do CC. Trata-se de um instituto híbrido uma vez que o exercício de um direito real repercute no direito das obrigações, gerando o dever de indenizar.

7.3 DA POSSE (ARTS. 1.196 A 1.224 DO CC)

7.3.1 Conceito de posse e teorias justificadoras. A teoria da função social da posse

O conceito de posse e sua estrutura sempre geraram dúvidas entre os cientistas do Direito. A primeira dúvida que surge em relação à categoria refere-se à sua natureza, ou seja, se se trata de um fato ou de um direito, questão muito bem explorada por Moreira Alves em obra clássica, escrita em dois volumes.[14] O jurista aponta duas grandes correntes, a que afirma se tratar de um mero *fato* e outra pela qual a posse, realmente, constitui um *direito*. A segunda corrente, que prega o entendimento de que a posse é um direito, é a que prevalece na doutrina. Sintetizando a questão da natureza da posse, cumpre transcrever as lições de Orlando Gomes:

> "Se a posse é um direito, como o reconhece, hoje, a maioria dos juristas, é preciso saber se tem natureza de um direito real ou pessoal. A circunstância de ceder a um direito superior, como o de propriedade, não significa que seja um direito pessoal.

> Trata-se de uma limitação que não é incompatível com o direito real. O que importa para caracterizar este é o fato de se exercer sem intermediário. Na posse, a sujeição da coisa à coisa é direta e imediata. Não há um sujeito passivo determinado. O direito do possuidor se exerce *erga omnes*. Todos são obrigados a respeitá-lo. Só os direitos reais têm essa virtude. Verdade é que os interditos se apresentam com certas qualidades de ação pessoal, mas nem por isso influem sobre a natureza real do *jus possessionis*".[15]

Este autor está filiado à corrente pela qual *a posse é um direito de natureza especial*, o que pode ser retirado da *teoria tridimensional do Direito*, de Miguel Reale. Isso porque a posse é *o domínio fático que a pessoa exerce sobre a coisa*. Ora, se o *Direito é fato, valor e norma*, logicamente a posse é um componente jurídico, ou seja, um direito.

Vale dizer que há entendimento doutrinário pelo qual a posse constitui um direito real propriamente dito, como desdobramento natural da propriedade, caso de Maria Helena Diniz.[16]

Pois bem, duas grandes escolas ou correntes clássicas procuraram justificar a posse como categoria jurídica. Vejamos:

> *1.ª – Teoria subjetiva ou subjetivista* – Seu principal idealizador foi Friedrich Carl von Savigny, entendendo a posse como o poder direto que a pessoa tem de dispor fisicamente de um bem com a intenção de tê-lo para si e de defendê-lo contra a intervenção ou agressão de quem quer que seja. A posse, para essa teoria, possui dois elementos: *a)* o *corpus* – elemento material ou objetivo da posse, constituído pelo poder físico ou de disponibilidade sobre a coisa; *b) animus domini*, elemento subjetivo, caracterizado pela intenção de ter a coisa para si, de exercer sobre ela o direito de propriedade. Diante do segundo elemento, para essa teoria, o locatário, o comodatário, o depositário, entre outros, não são possuidores, pois não há qualquer intenção de tornarem-se proprietários. Em regra, essa teoria não foi adotada pelo CC/2002 até porque as pessoas elencadas por último são consideradas possuidores. A teoria subjetiva da posse somente ganha relevância na usucapião, como se verá adiante.
>
> *2.ª – Teoria objetiva ou objetivista* – Teve como principal expoente Rudolf von Ihering, sendo certo que para a constituição da posse basta que a pessoa disponha fisicamente da coisa, ou que tenha a mera possibilidade de exercer esse contato. Esta corrente dispensa a intenção de ser dono, tendo a posse apenas um elemento, o *corpus*, como elemento material e único fator visível e suscetível de comprovação. O *corpus* é formado pela atitude externa do possuidor em relação à coisa, agindo este com o intuito de explorá-la economicamente. Para esta teoria, dentro do conceito de *corpus* está uma intenção, não o *animus* de ser proprietário, mas de explorar a coisa com fins econômicos.

Entre as duas teorias, é forçoso concluir que o CC/2002, a exemplo do seu antecessor, adotou parcialmente a teoria objetivista de Ihering, pelo que consta do seu art. 1.196. Enuncia tal comando legal: "Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade". Em suma, basta o exercício de um dos atributos do domínio para que a pessoa seja considerada possuidora. Ilustrando, o locatário, o usufrutuário, o depositário e o comodatário são possuidores, podendo fazer uso das ações possessórias. Pela atual codificação privada, pode-se dizer que *todo proprietário é possuidor, mas nem todo possuidor é proprietário*.

Percebe-se que pelo conceito objetivo adotado pelo comando legal a posse pode ser *desdobrada* em direta e indireta. Em suma, não há necessariamente domínio material na posse,

podendo essa decorrer de mero exercício de direito. Como primeira ilustração, no caso de contrato de locação, as duas partes envolvidas são possuidoras. O locatário é possuidor direto, tendo a coisa consigo; o locador proprietário é possuidor indireto, pelos direitos que decorrem do domínio.

Além das pessoas naturais e jurídicas, os entes despersonalizados podem ser considerados possuidores. Nesse sentido, o Enunciado n. 236, da *III Jornada de Direito Civil*, prevendo que se considera possuidor, para todos os efeitos legais, também a coletividade desprovida de personalidade jurídica. Assim, podem ser possuidores o espólio, a massa falida, a sociedade de fato e o condomínio, para aqueles que entendem ainda tratar-se de um ente despersonalizado.

Feitas tais ponderações, como, tema de grande relevo cumpre destacar que o CC/2002 perdeu a oportunidade de trazer expressamente uma teoria mais avançada quanto à posse, aquela que considera a sua função social, tese que tem como expoentes Raymond Saleilles, Silvio Perozzi e Antonio Hernandez Gil. *De lege ferenda*, a adoção da *função social da posse* consta expressamente do Projeto 699/2011, pelo qual o art. 1.196 passaria a ter a seguinte redação: "Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem poder fático de ingerência socioeconômica, absoluto ou relativo, direto ou indireto, sobre determinado bem da vida, que se manifesta através do exercício ou possibilidade de exercício inerente à propriedade ou outro direito real suscetível de posse". Anote-se que tal proposição segue sugestão do jurista e magistrado Joel Dias Figueira Jr. São suas palavras:

> "Por tudo isso, perdeu-se o momento histórico de corrigir um importantíssimo dispositivo que vem causando confusão entre os jurisdicionados e, como decorrência de sua aplicação incorreta, inúmeras demandas. Ademais, o dispositivo mereceria um ajuste em face das teorias sociológicas, tendo-se em conta que foram elas, em sede possessória, que deram origem à função social da propriedade. Nesse sentido, vale registrar que foram as teorias sociológicas da posse, a partir do século XX, na Itália, com Silvio Perozzi; na França com Raymond Saleilles e, na Espanha, com Antonio Hernandez Gil, que não só colocaram por terra as célebres teorias objetiva e subjetiva de Ihering e Savigny, como também se tornaram responsáveis pelo novo conceito desses importantes institutos no mundo contemporâneo, notadamente a posse, como exteriorização da propriedade (sua verdadeira 'função social')".[17]

Na doutrina contemporânea, vários autores discorrem sobre a função social da posse. Merecem destaque as palavras do ex-defensor público e atual Desembargador do TJRJ Marco Aurélio Bezerra de Melo:

> "A densidade axiológica da posse, mormente em uma sociedade que oscila entre a pobreza e a miséria e que adota como modelo tradicional para a aquisição de bens a compra e venda e o direito hereditário, a posse deve ser respeitada pelos operadores do direito como uma situação jurídica eficaz a permitir o acesso à utilização dos bens de raiz, fato visceralmente ligado à dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CRFB) e ao direito constitucionalmente assegurado à moradia (art. 6.º da CRFB). Importa, por assim dizer, que ao lado do direito de propriedade, se reconheça a importância social e econômica do instituto".[18]

Ainda em sede doutrinária, a ideia de função social da posse consta de enunciado aprovado na *V Jornada de Direito Civil*, de 2011, com a seguinte redação: "A posse constitui direito autônomo em relação à propriedade e deve expressar o aproveitamento dos bens para o alcance de interesses existenciais, econômicos e sociais merecedores de tutela" (Enunciado n. 492). A título de exemplo, pode ser citado o *contrato de gaveta*, em que o possuidor tem um direito autônomo à propriedade, merecendo proteção pela utilidade positiva que dá à coisa.

O tema da *posse como um direito autônomo* foi objeto de dissertação de mestrado desenvolvida por Marcos Alberto Rocha Gonçalves e defendida na PUCSP. Conforme as conclusões finais do trabalho, às quais se filia, "a valorização da função social da posse representa o rompimento do formalismo individualista diante das demandas sociais. Compreende-se, a partir desse modelo, a construção de possíveis pontes entre as necessidades de uma sociedade multifacetada (e desigual) e o caminhar rumo a um efetivo Estado democraticamente organizado, afastando-se da dogmática estruturada na ficção da igualdade formal. Titularidades formais e fruição real das possibilidades emergentes de bens que atendam às necessidades é, ainda, um caminho a percorrer. Se historicamente o discurso jurídico aproximou propriedade e posse, é tempo, pois, de desvincular forçosa construção, pois, consoante há muito tempo anunciou José Saramago, 'ter não é possuir'".[19]

Voltando ao cerne do dispositivo legal, de fato, não há dúvidas de que a redação da proposta legislativa é muito melhor do que o atual art. 1.196, comprovando o afastamento em relação às duas correntes clássicas. Porém, sem prejuízo dessa proposta de alteração, pode-se afirmar que o princípio da função social da posse é implícito ao CC/2002 pela valorização da *posse-trabalho*, constante dos seguintes dispositivos legais, que ainda serão devidamente aprofundados:

- Art. 1.238, parágrafo único, do CC – Reduz o prazo de usucapião extraordinária de quinze para dez anos se o possuidor tiver estabelecido sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.
- Art. 1.242, parágrafo único, do CC – O prazo para a usucapião é reduzido de dez para cinco anos, se os possuidores tiverem estabelecido no imóvel sua moradia ou nele realizado investimentos de interesse social e econômico.
- Art. 1.228, §§ 4.º e 5.º, do CC – Consagra a *desapropriação judicial privada por posse-trabalho*.

Além dessas previsões legais, a função social da posse vem sendo aplicada pela melhor jurisprudência. Entre os vários julgados, transcreve-se o seguinte, do Tribunal Mineiro:

"Agravo de Instrumento. Imissão de Posse. Natureza Petitória. Não aplicação do art. 928 do CPC. Restrição aos Interditos Possessórios. Tutela Antecipada. Art. 273 do Codex. Possibilidade. Terceiro Possuidor. Comodato Verbal. Não Comprovação. Ausência de prova inequívoca. Direito de Moradia. Função Social da Posse. A Ação de imissão de posse possui natureza petitória, a partir da qual se tem como consequência a 'impossibilidade de concessão de liminar de posse, pois o referido provimento satisfativo é restrito aos interditos possessórios', sendo possível, todavia, a antecipação dos

efeitos da tutela (art. 273 do CPC). – Ausente prova inequívoca conducente à verossimilhança das alegações, eis que omissa a comprovação da natureza jurídica do vínculo alegado entre as partes (vendedor e pretenso comodatário), sendo temerário acolher a afirmação contida na exordial de existência de comodato verbal, sem qualquer indício concreto a corroborá-lo, imperioso o indeferimento da medida liminar. – Omissa prova idônea acerca da existência de comodato verbal e correlata consumação da precariedade, torna-se impossível retirar o réu (colono rural) de sua moradia, direito social de relevante valor para o ordenamento jurídico pátrio, consagrado pelo art. 6.º da Carta Magna, o que acabaria por vilipendiar o devido processo legal, a função social da posse e a materialização da dignidade humana" (TJMG, Agravo de Instrumento 1.0112.08.080619-6/0011, Campo Belo, Décima Terceira Câmara Cível, Rel.ª Desig. Des.ª Cláudia Maia, j. 30.10.2008, *DJEMG* 01.12.2008).

Concluindo o tópico, tendo a propriedade uma função social reconhecida no Texto Maior, o mesmo deve ser dito em relação à posse. Desse modo, é mais correto afirmar que o CC/2002 não adota a tese de Ihering pura e simplesmente, mas sim a tese da *posse-social*, sustentada por Perozzi, Saleilles e Hernandez Gil. Como se verá neste capítulo, uma mudança de paradigma inegável atingiu o Direito das Coisas, razão pela qual pode ser afirmado que o debate entre Ihering e Savigny encontra-se superado.

7.3.2 Diferenças entre a posse e a detenção. Conversão dos institutos

Tema dos mais relevantes a respeito da matéria possessória se refere à diferença categórica entre a posse e a detenção. O detentor não pode ser confundido com o possuidor, pela inteligência do art. 1.198 do CC/2002: "Considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas. Parágrafo único. Aquele que começou a comportar-se do modo como prescreve este artigo, em relação ao bem e à outra pessoa, presume-se detentor, até que prove o contrário".

Segundo Maria Helena Diniz, o detentor ou *fâmulo de posse*, denominado *gestor da posse, detentor dependente* ou *servidor da posse*, tem a coisa apenas em virtude de uma situação de dependência econômica ou de um vínculo de subordinação (*ato de mera custódia*). A lei ressalva não ser possuidor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens e instruções suas.[20]

O detentor exerce sobre o bem não uma posse própria, mas uma posse em nome de outrem. Como não tem posse, não lhe assiste o direito de invocar, em nome próprio, as ações possessórias. Porém, é possível que o detentor defenda a posse alheia por meio da *autotutela*, tratada pelo art. 1.210, § 1.º, do CC, conforme reconhece o seguinte enunciado doutrinário, da *V Jornada de Direito Civil*: "O detentor (art. 1.198 do Código Civil) pode, no interesse do possuidor, exercer a autodefesa do bem sob seu poder" (Enunciado n. 493). O art. 1.208, primeira parte, do CC acrescenta que não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância.

Vejamos alguns exemplos jurisprudenciais de detenção, para deixar bem claro que ela não se

confunde com a posse.

Como primeiro exemplo, cite-se a hipótese de alguém que para o seu carro em um estacionamento, entregando-o a um manobrista. A empresa de estacionamento é possuidora, diante da existência de um contrato atípico, com elementos do depósito; já o manobrista é detentor, pois tem o veículo em nome da empresa, com quem tem relação de subordinação.

Partindo para as concretizações jurisprudenciais, o STJ, em reiteradas vezes, tem entendido que a ocupação irregular de área pública não induz posse, mas ato de mera detenção (por todos: STJ, REsp 556.721/DF, 2.ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, data da decisão: 15.09.2005).

Do Tribunal de São Paulo entendeu-se não haver posse, mas mera detenção, em caso de entrega de veículo para o dono de uma empresa que estaria incumbido de vendê-lo:

> "Possessória. Reintegração de posse. Bem móvel. Veículo adquirido mediante financiamento. Entrega do bem ao réu, dono de garagem para ser vendido. Transferência, todavia, do mesmo a outrem para pagamento de dívida por ele contraída. Descabimento. Configuração como mera detenção, com simples custódia. Esbulho configurado. Ação procedente. Recurso desprovido" (TJSP, Apelação 0957508-2/00, Lins, Rel. Sorteado Antonio Marson, Vigésima Primeira Câmara Direito Privado, j. 04.05.2005).

Ato contínuo de ilustração, o célebre caso de detenção refere-se à relação de trabalho ou de emprego, em que o empregador entrega bem de sua propriedade ao trabalhador, diante de uma relação de confiança decorrente do contrato. Cite-se a hipótese do motorista que detém o carro do seu patrão (STJ, AgRg no REsp 710.789/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 06.12.2005, *DJU* 20.02.2006, p. 223). Todavia, deve ficar claro, que se estiver presente um comodato ou uma locação da coisa, não haverá detenção, mas posse do empregado, conforme vem entendendo farta jurisprudência (por todos: STJ, CC 105.134/MG, Segunda Seção, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 14.10.2009, *DJE* 05.11.2009; TRT da 7.ª Região, RO 1171-30.2010.5.07.0031, Primeira Turma, Rel. Des. José Antonio Parente da Silva, *DEJTCE* 08/07/2011, p. 31 e TJSP, Agravo de instrumento 7304009-2, Acórdão 3926316, Botucatu, Vigésima Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Álvaro Torres Junior, j. 22.06.2009, *DJESP* 23.07.2009).

Por fim quanto aos exemplos, cumpre colacionar as lições de Orlando Gomes, em obra atualizada por Luiz Edson Fachin, no sentido de que "são servidores da posse, dentre outras pessoas as seguintes: os empregados em geral, os diretores de empresa, os bibliotecários, os viajantes em relação aos mostruários, os menores mesmo quando usam coisas próprias, o soldado, o detento".[21]

Consigne-se que é admitida juridicamente a conversão da detenção em posse. Nesse sentido, na *IV Jornada de Direito Civil*, aprovou-se o Enunciado doutrinário n. 301, estabelecendo que "É possível a conversão da detenção em posse, desde que rompida a subordinação, na hipótese de exercício em nome próprio dos atos possessórios". Exemplificando, se desaparecer o vínculo de

dependência de um contrato de trabalho, sendo celebrado expressamente um contrato de locação entre ex-patrão e ex-empregado, não haverá mais mera detenção, mas posse, desdobrada em direta e indireta. A partir de então, o novo locatário poderá desfrutar de todos os efeitos materiais e processuais decorrentes do novo instituto que surge. Nessa linha, da jurisprudência paulista:

> "Ação Possessória. Indeferimento da Petição Inicial sob o fundamento de existência de mera detenção. Possibilidade de conversão da detenção em posse, com o rompimento da subordinação relativa àquela possibilidade da modificação do caráter originário da posse. Fatos afirmados com a inicial que merecem ser melhor examinados sob o crivo do contraditório. Impossibilidade, entretanto, de concessão de liminar. Recurso provido para ser anulada a decisão, a fim de se propiciar o processamento, sem liminar, da ação" (TJSP, Apelação 7170778-3, Acórdão 3468220, Piratininga, Décima Sétima Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Paulo Pastore Filho, j. 28.01.2009, *DJESP* 09.03.2009).

Por fim, *a posse e a detenção não se confundem com a tença*, sendo a última "uma mera situação material de apreensão física do bem, sem qualquer consequência jurídica protetiva".[22]

7.3.3 Principais classificações da posse

A posse admite diversas classificações, o que é fundamental para a compreensão do instituto e de seus efeitos jurídicos. Vejamos tais modalidades, de forma pontual.

I) Quanto à relação pessoa-coisa ou quanto ao desdobramento da posse (art. 1.197 do CC):

a) *Posse direta* ou *imediata* – aquela que é exercida por quem tem a coisa materialmente, havendo um poder físico imediato. Como possuidores diretos podem ser citados o locatário, o depositário, o comodatário e o usufrutuário.

b) *Posse indireta* ou *mediata* – exercida por meio de outra pessoa, havendo exercício de direito, geralmente decorrente da propriedade. Exemplos: locador, depositante, comodante e nu-proprietário.

> *Observação* – enuncia o art. 1.197 do CC que "A posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida, podendo o possuidor direto defender a sua posse contra o indireto". No plano dos efeitos, prevê o Enunciado n. 76, da *I Jornada de Direito Civil*: "O possuidor direto tem direito de defender a sua posse contra o indireto, e este contra aquele (art. 1.197, *in fine*, do novo Código Civil)". Em suma, tanto o possuidor direto quanto o indireto podem invocar a proteção possessória um contra o outro, e também contra terceiros. Ilustrando, imagine-se um caso em que, vigente um contrato de locação de imóvel urbano, o locatário viaja e, quando volta, percebe que o imóvel foi invadido pelo próprio proprietário. Nesse caso, caberá uma ação de reintegração de posse do locatário (possuidor direto) em face do locador (possuidor indireto), eis que o contrato ainda estava em vigor e deveria ter sido respeitado. Em outra situação concreta, vigente um contrato de locação de imóvel urbano, o locatário não vem pagando regularmente os aluguéis. Diante dessa situação, o locador o procura e ambos fazem um acordo para desocupação voluntária do imóvel em seis meses. Findo esse prazo, o locatário ainda continua no imóvel. Pode parecer que, nesse caso, a ação cabível ao locador é a de reintegração de posse. A conclusão está errada, pois a ação cabível é a de despejo, nos termos do art. 5.º da Lei 8.245/1991 (nesse sentido: TJSP, Apelação Cível 772.237-0/1, São Paulo, Trigésima Quinta Câmara de Direito Privado, Rel. Mendes Gomes, 27.06.2005, v.u.).

II) *Quanto à presença de vícios objetivos (art. 1.200 do CC):*

a) *Posse justa* – é a que não apresenta os vícios da violência, da clandestinidade ou da precariedade, sendo uma *posse limpa*.

b) *Posse injusta* – apresenta os referidos vícios, pois foi adquirida por meio de ato de violência, ato clandestino ou de precariedade, nos seguintes termos:

- *Posse violenta* – é a obtida por meio de esbulho, for força física ou violência moral (*vis*). A doutrina tem o costume de associá-la ao crime de roubo. Exemplo: movimento popular invade violentamente, removendo e destruindo obstáculos, uma propriedade rural produtiva, que está sendo utilizada pelo proprietário, cumprindo a sua função social.

- *Posse clandestina* – é a obtida às escondidas, de forma oculta, à surdina, na *calada da noite* (*clam*). É assemelha ao crime de furto. Exemplo: movimento popular invade, à noite e sem violência, uma propriedade rural que está sendo utilizada pelo proprietário, cumprindo a sua função social.

- *Posse precária* – é a obtida com abuso de confiança ou de direito (*precario*). Tem forma assemelhada ao crime de estelionato ou à apropriação indébita, sendo também denominada *esbulho pacífico*. Exemplo: locatário de um bem móvel que não devolve o veículo ao final do contrato.

Observação 1 – Basta a presença de apenas um dos critérios acima para que a posse seja caracterizada como injusta, não havendo exigência de cumulação.

Observação 2 – A posse, mesmo que injusta, ainda é posse e pode ser defendida por ações do juízo possessório, não contra aquele de quem se tirou a coisa, mas sim em face de terceiros. Isso porque a posse somente é viciada em relação a uma determinada pessoa (efeitos *inter partes*), não tendo o vício efeitos contra todos, ou seja, *erga omnes*.[23]

Observação 3 – Segundo a visão clássica, e pelo que consta do art. 1.208, segunda parte, do CC/2002, as posses injustas por violência ou clandestinidade podem ser convalidadas, o que não se aplicaria à posse injusta por precariedade ("Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade"). O dispositivo acaba quebrando a regra pela qual a posse mantém o mesmo caráter com que foi adquirida, conforme o art. 1.203 do CC, e que consagra o *princípio da continuidade do caráter da posse*. Ato contínuo, acaba reconhecendo que aqueles que têm posse violenta ou clandestina não têm *posse plena*, para fins jurídicos, sendo meros detentores. Diante dessa situação jurídica, é comum afirmar, conciliando-se o art. 1.208 do CC com o art. 924 do CPC, que, após um ano e um dia do ato de violência ou de clandestinidade, a posse deixa de ser injusta e passa a ser justa. Apesar desse entendimento tido como clássico e consolidado, filia-se à corrente contemporânea que prega a análise dessa cessação caso a caso, de acordo com a finalidade social da posse (*função social da posse*).[24] Para essa mesma corrente, a posse precária também pode ser convalidada, havendo alteração substancial na sua causa, o que parece ser o melhor caminho, revendo aquela antiga conclusão teórica. Essa mudança de estado foi reconhecida na *III Jornada de Direito Civil*, com a aprovação do Enunciado n. 237, de autoria do último doutrinador citado, *in verbis*: "É cabível a modificação do título da posse – *interversio possessionis* – na hipótese em que o até então possuidor direto demonstrar ato exterior inequívoco de oposição ao antigo possuidor indireto, tendo por efeito a caracterização do *animus domini*".

Observação 4 – Em relação aos seus efeitos, os vícios da violência, da clandestinidade ou da precariedade não influenciam na questão dos frutos, das benfeitorias e das responsabilidades. Para tais questões, leva-se em conta se a posse é de boa-fé ou má-fé, ou seja, critérios subjetivos, que serão analisados a seguir. Ainda, aquele que tem posse injusta não tem a *posse usucapível* (*ad usucapionem*), ou seja, não pode adquirir a coisa por usucapião.

III) *Quanto à boa-fé subjetiva ou intencional (art. 1.201 do CC):*

a) *Posse de boa-fé* – presente quando o possuidor ignora os vícios ou os obstáculos que lhe impedem a aquisição da coisa

ou quando tem um justo título que fundamente a sua posse. Orlando Gomes a divide em *posse de boa-fé real* quando "a convicção do possuidor se apoia em elementos objetivos tão evidentes que nenhuma dúvida pode ser suscitada quanto à legitimidade de sua aquisição" e *posse de boa-fé presumida* "quando o possuidor tem o justo título".[25]

b) *Posse de má-fé* – situação em que alguém sabe do vício que acomete a coisa, mas mesmo assim pretende exercer o domínio fático sobre esta. Neste caso, o possuidor nunca possui um justo título. De qualquer modo, ainda que de má-fé, esse possuidor não perde o direito de ajuizar a ação possessória competente para proteger-se de um ataque de terceiro.

Observação 1 – No que concerne aos efeitos da classificação apontada, há consequências em relação aos frutos e às benfeitorias que ainda serão abordadas.

Observação 2 – Quanto à posse de boa-fé fundada em justo título, cite-se um contrato que fundamenta a posse do locatário ou do comodatário. Ainda ilustrando o justo título, na *III Jornada de Direito Civil*, aprovou-se o Enunciado n. 302, prescrevendo que "Pode ser considerado justo título para a posse de boa-fé o ato jurídico capaz de transmitir a posse *ad usucapionem*, observado o disposto no art. 113 do CC". O exemplo de título é o compromisso de compra e venda, registrado ou não na matrícula do imóvel, devendo ser observada a boa-fé objetiva, prevista no art. 113 do CC. Ainda na *III Jornada de Direito Civil*, foi aprovado o Enunciado n. 303, pelo qual "considera-se justo título para presunção relativa da boa-fé do possuidor o justo motivo que lhe autoriza a aquisição derivada da posse, esteja ou não materializado em instrumento público ou particular. Compreensão na perspectiva da função social da posse". O último enunciado doutrinário está estabelecendo que a função social da posse, antes estudada, é fator fundamental para a determinação da posse de boa-fé e da caracterização do justo título. Sendo assim, a existência de instrumento, seja público ou particular, não é fator essencial. O tecnicismo e o formalismo exagerado são substituídos pela funcionalização do instituto da posse.

Observação 3 – A presente classificação não se confunde com a última (quanto aos vícios objetivos). Isso porque na análise dos vícios previstos no art. 1.200 do CC são levados em conta os *critérios objetivos*. Ao contrário, na presente classificação, são considerados os *critérios subjetivos*, eis que a boa-fé que entra em cena é a *subjetiva*, que está no plano da intenção, da crença dos envolvidos. Esclarece Orlando Gomes que "não há coincidência necessária entre a posse justa e a posse de boa-fé. À primeira vista, toda posse justa deveria ser de boa-fé e toda posse de boa-fé deveria ser justa. Mas a transmissão dos vícios de aquisição permite que um possuidor de boa-fé tenha posse injusta, se a adquiriu de quem a obteve pela violência, pela clandestinidade ou pela precariedade, ignorante da ocorrência; *nemo sibi causam possessionis mutare potest*. Também é possível que alguém possua de má-fé, embora não tenha posse violenta, clandestina ou precária".[26] O exemplo clássico daquele que tem *posse injusta*, mas de *boa-fé*, ocorre no caso de compra de um bem roubado, sem que se saiba que o bem foi retirado de outrem com violência. Por outro lado, terá *posse justa*, mas de *má-fé*, o locatário que pretende adquirir o bem por usucapião, na vigência do contrato. Em relação aos efeitos, as posses confrontadas do mesmo modo não se confundem. A posse justa e a injusta geram efeitos quanto às ações possessórias e quanto à usucapião. A posse de boa e a de má-fé, como se verá, geram efeitos quanto aos frutos, às benfeitorias e às responsabilidades dos envolvidos, com a devida análise do caso concreto.

IV) Quanto à presença de título:

a) Posse com título – situação em que há uma *causa representativa* da transmissão da posse, caso de um documento escrito, como ocorre na vigência de um contrato de locação ou de comodato, por exemplo.

b) Posse sem título – situação em que não há uma *causa representativa*, pelo menos aparente, da transmissão do domíni fático. Exemplo: alguém acha um tesouro, depósito de coisas preciosas, sem a intenção de fazê-lo. Nesse caso, a posse é qualificada como um *ato-fato jurídico*, pois não há uma vontade juridicamente relevante para que exista um ato jurídico.

Observação – Mantendo relação com a última classificação, surgem os conceitos de *ius possidendi* e *ius possessionis*. A partir das lições de Washington de Barros Monteiro, o *ius possidendi* é o direito à posse que decorre de propriedade; enquanto que o *ius possessionis* é o direito que decorre exclusivamente da posse.[27] Fazendo o paralelo, pode-se dizer que no *ius possidendi* há uma posse com título, estribada na propriedade. No *ius possessionis*, há uma posse sem título, que existe por si só. Ainda, é pertinente apontar que alguns autores falam em *posse natural* no caso de posse sem título e *posse civil ou jurídica* se ela estiver estribada em título determinado.[28]

V) Quanto ao tempo:

a) *Posse nova* – é a que conta com menos de um ano e um dia, ou seja, é aquela com até um ano.

b) *Posse velha* – é a que conta *com pelo menos* um ano e um dia, ou seja, com um ano e um dia ou mais. Segue-se, nessa classificação, a doutrina de Maria Helena Diniz e Carlos Roberto Gonçalves, que entendem que a posse que tem um ano e um dia é velha.[29]

Observação – A classificação da posse quanto ao tempo é fundamental para a questão processual relativa às ações possessórias. Enuncia o art. 924 do CPC que "Regem o procedimento de manutenção e de reintegração de posse as normas da seção seguinte, quando intentado dentro de ano e dia da turbação ou do esbulho; passado esse prazo, será ordinário, não perdendo, contudo, o caráter possessório". As decorrências processuais dessa consolidação serão aprofundadas mais à frente.

VI) Quanto aos efeitos:

a) *Posse ad interdicta* – constituindo regra geral, é a posse que pode ser defendida pelas ações possessórias diretas ou interditos possessórios. Exemplificando, tanto o locador quanto o locatário podem defender a posse de uma turbação ou esbulho praticado por um terceiro. Essa posse não conduz à usucapião.

b) *Posse ad usucapionem* – exceção à regra, é a que se prolonga por determinado lapso de tempo previsto na lei, admitindo-se a aquisição da propriedade pela usucapião, desde que obedecidos os parâmetros legais. Em outras palavras, é aquela posse com *olhos à usucapião (posse usucapível)*, pela presença dos seus elementos. A posse *ad usucapionem* deve ser mansa, pacífica, duradoura por lapso temporal previsto em lei, ininterrupta e com intenção de dono (*animus domini* – conceito de Savigny). Além disso, em regra, deve ter os requisitos do justo título e da boa-fé.

7.3.4 Efeitos materiais e processuais da posse

O Código Civil de 2002, entre os seus arts. 1.210 a 1.222, traz regras quanto aos efeitos da posse (Capítulo III, Título I, Livro III). Essas regras têm caráter material e processual e estão aqui abordadas de forma pontual. Vejamos.

7.3.4.1 Efeitos da posse quanto aos frutos

Como exposto no Capítulo 2 desta obra, os frutos são bens acessórios que saem do principal

sem diminuir a sua quantidade. Em termos gerais, prevê o art. 95 do CC que, apesar de ainda não separados do bem principal, os frutos e produtos podem ser objeto de negócio jurídico. Repise-se que os frutos não se confundem com os produtos, pois enquanto os frutos não geram a diminuição do principal, isso não ocorre com os produtos.

Quanto aos efeitos da posse, para a análise do direito aos frutos é fundamental que a posse seja configurada como de boa ou má-fé.

De início, prevê o art. 1.214 do CC que "o possuidor de boa-fé tem direito, enquanto ela durar, aos frutos percebidos". Complementando, dispõe o parágrafo único desse comando legal que os frutos pendentes ao tempo em que cessar a boa-fé devem ser restituídos, depois de deduzidas as despesas da produção e custeio. Devem ser também restituídos os frutos colhidos com antecipação. Ilustrando, um locatário está em um imóvel urbano e, no fundo deste, há uma mangueira. Enquanto vigente o contrato, o locatário, possuidor de boa-fé amparado pelo justo título, terá direito às mangas colhidas, ou seja, percebidas. Se o contrato for extinto quando as mangas ainda estiverem verdes (frutos pendentes), não poderão ser colhidas, pois são do locador proprietário. Se colhidas ainda verdes, devem ser devolvidas ao último, sem prejuízo de eventuais perdas e danos que couberem por este *mau colhimento*.

Determina o art. 1.215 do CC que os frutos naturais e industriais reputam-se colhidos e percebidos logo que são separados. Já os frutos civis reputam-se percebidos dia por dia. Ilustrando, a manga é tida como colhida quando separada da mangueira; os juros são percebidos nos exatos vencimentos dos rendimentos, como é comum em cadernetas de poupança.

No que concerne ao possuidor de má-fé, nos termos do art. 1.216 do CC, ele responde por todos os frutos colhidos e percebidos, bem como pelos que, por culpa sua, deixou de perceber, desde o momento em que se constituiu de má-fé. Todavia, esse possuidor tem direito às despesas de produção e de custeio. A ilustrar, se um invasor de um imóvel colhe as mangas da mangueira do terreno, deverá indenizá-las, mas será ressarcido pelas despesas realizadas com a colheita. Por outra via, se deixaram de ser colhidas e, em razão disso, vierem a apodrecer, o possuidor também será responsabilizado.

Surge questão controvertida relativa à aplicação desses efeitos para os produtos. Orlando Gomes responde negativamente, pois quanto aos produtos há um dever de restituição mesmo quanto ao possuidor de boa-fé. Ademais, se a restituição tornou-se impossível, o possuidor deverá indenizar a outra parte por perdas e danos e, "por motivo de equidade, a indenização deve corresponder ao proveito real que o possuidor obteve com a alienação dos produtos da coisa".[30] O jurista tem razão, uma vez que os produtos, quando retirados, desfalcam a substância do principal. Assim sendo, a aplicação do regime dos frutos para os produtos poderia gerar uma perda substancial da coisa possuída, o que não pode ser admitido. Em suma, os problemas envolvendo os produtos devem ser resolvidos com as regras que vedam o enriquecimento sem causa (arts. 884 a 886 do CC).

7.3.4.2 Efeitos da posse em relação às benfeitorias

Repise-se que as benfeitorias são bens acessórios introduzidos em um bem móvel ou imóvel, visando a sua conservação ou melhora da sua utilidade. Enquanto os frutos e produtos decorrem do bem principal, as benfeitorias são nele introduzidas. Repise-se que, nos termos do art. 96 do CC, as benfeitorias podem ser *necessárias* (as essenciais, pois visam à conservação da coisa principal), *úteis* (aumentam ou facilitam o uso da coisa principal) e *voluptuárias* (de mero luxo ou deleite, pois facilitam a utilidade da coisa principal). Anote-se, para os fins possessórios, que as benfeitorias não se confundem com as acessões, que, nos termos do art. 97 do CC, são as incorporações introduzidas em outro bem, imóvel, sem a intervenção do proprietário, possuidor e detentor. Como *intervenção*, pode-se entender a transmissão do bem, por meio de contrato ou outro negócio jurídico.

Pois bem, é importante apontar a relação de efeitos entre a posse e o instituto das benfeitorias. De início, enuncia o art. 1.219 do CC que o possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando puder fazê-lo sem detrimento da coisa. Além disso, poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis. Vejamos as três consequências da norma, de forma pontual:

1.ª – O possuidor de boa-fé tem direito à indenização por benfeitorias necessárias e úteis. Ilustrando, vigente um comodato de um imóvel, o comodatário terá direito de indenização pela reforma do telhado (benfeitoria necessária) e pela grade da janela (benfeitoria útil).

2.ª – O possuidor de boa-fé não indenizado tem direito à retenção dessas benfeitorias (necessárias e úteis), o *ius retentionis*, que persiste até que receba o que lhe é devido.

3.ª – No tocante às benfeitorias voluptuárias, o possuidor de boa-fé tem direito ao seu levantamento, se não forem pagas, desde que isso não gere prejuízo à coisa (*direito de tolher*, ou *ius tollendi*). Exemplificando, vigente o empréstimo de um imóvel, se o comodatário introduziu um telhado na churrasqueira, que pode ser removido, não sendo essa benfeitoria paga, poderá levá-la embora, pois a retirada não desvaloriza o imóvel. O mesmo raciocínio não vale para uma piscina construída no imóvel, pois a sua retirada gerará um prejuízo ao principal. Somente as piscinas removíveis podem ser retiradas, como aquelas de plástico para brincadeira das crianças.

Cumpre destacar que, no tocante à locação de imóvel urbano, há regras específicas relativas às benfeitorias previstas nos arts. 35 e 36 da Lei 8.245/1991. De início, dispõe o art. 35 da Lei de Locação que, salvo expressa disposição contratual em contrário, as benfeitorias necessárias introduzidas pelo locatário, ainda que não autorizadas pelo locador, bem como as úteis, estas desde que autorizadas, são indenizáveis e permitem o direito de retenção. As benfeitorias voluptuárias não são indenizáveis, podendo ser levantadas pelo locatário, finda a locação, desde que a sua retirada

não afete a estrutura e a substância do imóvel (art. 36 da Lei 8.245/1991).

Percebe-se que a primeira regra quanto ao locatório é de ordem privada, pois tal disposição pode ser deliberada de modo diverso no contrato de locação, renunciando o locatário a tais benfeitorias, segundo previsão do próprio art. 35 da Lei 8.245/1991. No mesmo sentido, a Súmula 335 do STJ reconhece a possibilidade de renúncia a tais benfeitorias na locação. Porém, repise-se que se a renúncia às benfeitorias necessárias constar em contrato de adesão, a cláusula de renúncia será nula, o que é aplicação do art. 424 do CC, dispositivo pelo qual, nos contratos de adesão, serão nulas de pleno direito as cláusulas que implicam a renúncia antecipada do aderente a um direito resultante da natureza do negócio (Enunciado n. 433 do CJF/STJ, da *V Jornada de Direito Civil*, de 2011).

Ainda em relação ao possuidor de boa-fé, na *I Jornada de Direito Civil*, foi aprovado o Enunciado n. 81 do CJF/STJ, prevendo que o direito de retenção previsto no art. 1.219 do CC, decorrente da realização de benfeitorias necessárias e úteis, também se aplica às acessões (plantações e construções) nas mesmas circunstâncias. Sendo assim, mesmo com a diferenciação antes apontada, entre os conceitos de benfeitorias e acessões, aqui, os efeitos jurídicos são os mesmos. O enunciado aprovado, na verdade, apenas confirma parte do entendimento jurisprudencial consolidado, inclusive quanto ao direito de indenização das acessões (nesse sentido, ver, por todos: TJSP, Apelação Cível 287.115-5/8, Presidente Venceslau, Sétima Câmara de Direito Público, Rel. Torres de Carvalho, j. 07.03.2005, v.u., e TJSP, Apelação Cível 354.847-4/7-00, São José dos Campos, Terceira Câmara de Direito Privado, Rel. Beretta da Silveira, j. 18.04.2006, v.u.).

Por outra via, em relação às benfeitorias e o possuidor de má-fé é a regra do art. 1.220 do CC: "Ao possuidor de má-fé serão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias; não lhe assiste o direito de retenção pela importância destas, nem o de levantar as voluptuárias". Em suma, o possuidor de má-fé não tem qualquer direito de retenção ou de levantamento. Com relação à indenização, assiste-lhe somente direito quanto às benfeitorias necessárias.

A última premissa tem justo motivo. Imagine-se o caso do invasor de um imóvel. Percebendo que o telhado (benfeitoria necessária) está em péssimo estado de conservação, o que pode comprometer a própria estrutura do imóvel, esse possuidor de má-fé o troca. Ora, a sua posse é de má-fé quanto à origem, mas a conduta de troca do telhado é movida pela boa-fé, em sentido objetivo. Há, portanto, uma *justaposição da boa-fé objetiva em relação à má-fé subjetiva*, o que ampara o sentido do comando legal.

Finalizando a questão dos efeitos jurídicos relativos às benfeitorias, prevê o art. 1.222 do CC que o reivindicante da coisa, obrigado a indenizar as benfeitorias ao possuidor de má-fé, tem o direito de optar entre o seu valor atual e o seu custo. Já ao possuidor de boa-fé indenizará pelo valor atual da coisa.

A norma acaba dando tratamento diferenciado em relação aos possuidores de boa e má-fé, o que motivou críticas doutrinárias no passado, particularmente de Clóvis Beviláqua. De qualquer modo, o tratamento diferenciado deve ser observado e também tem a sua razão de ser. Ilustrando, o proprietário que ingressou com a ação de reintegração de posse contra o comodatário (possuidor de boa-fé) indenizará este pelo valor atual das benfeitorias necessárias e úteis. Se a ação possessória foi proposta contra o invasor do imóvel (possuidor de má-fé), o autor poderá optar entre pagar o valor atual ou o de custo, aquilo que lhe for mais interessante.

7.3.4.3 Posse e responsabilidades

O CC/2002, a exemplo do seu antecessor, continua trazendo regras relativas às responsabilidades do possuidor, considerando-o como de boa ou de má-fé.

De início, preconiza o art. 1.217 do CC que o possuidor de boa-fé não responde pela perda ou deterioração da coisa, a que não der causa. Assim sendo, a responsabilidade do possuidor de boa-fé, quanto à coisa, depende da comprovação da culpa em sentido amplo (*responsabilidade subjetiva*).

Por outro lado, de acordo com o art. 1.218, "o possuidor de má-fé responde pela perda, ou deterioração da coisa, ainda que acidentais, salvo se provar que de igual modo se teriam dado, estando ela na posse do reivindicante." A responsabilidade do possuidor de má-fé é objetiva, independentemente de culpa, a não ser que prove que a coisa se perderia mesmo se estivesse com o reivindicante. O dispositivo acaba prevendo a responsabilidade do possuidor de má-fé mesmo por caso fortuito (evento totalmente imprevisível) ou força maior (evento previsível, mas inevitável).

Para ilustrar, na situação do comodatário (possuidor de boa-fé), este somente responderá pela perda da coisa havendo dolo ou culpa. Não pode responder, por exemplo, pelo assalto do veículo à mão armada, levando o criminoso o bem consigo. Já o criminoso que leva a coisa (possuidor de má-fé) responde por ela, se for atingida por um objeto em local onde não estaria o proprietário ou possuidor.

Por fim, ainda no que toca às responsabilidades, segundo o art. 1.221 do CC, as benfeitorias compensam-se com os danos, e só obrigam ao ressarcimento se ao tempo da evicção ainda existirem. O comando possibilita, portanto, que as benfeitorias necessárias a que teria direito o possuidor de má-fé sejam compensadas com os danos sofridos pelo reivindicante, hipótese de *compensação legal*, pela reciprocidade de dívidas. Entretanto, se a benfeitoria não mais existia quando a coisa se perdeu, não há que se falar em compensação e muito menos em indenização. A norma está inspirada na vedação do enriquecimento sem causa.

7.3.4.4 Posse e usucapião. Primeira abordagem

Como um dos principais efeitos decorrentes da posse, destaque-se a usucapião, que vem a ser a aquisição da propriedade por uma posse prolongada que preenche determinados requisitos legais.

O CC/2002, quanto à propriedade imóvel, consagra as seguintes modalidades de usucapião de bem imóvel: *a) usucapião ordinária* (art. 1.242 do CC); *b) usucapião extraordinária* (art. 1.238 do CC); *c) usucapião especial rural* (art. 1.239 do CC, já prevista anteriormente na Constituição Federal); e *d) usucapião especial urbana* (art. 1.240 do CC, do mesmo modo constante do Texto Maior), o que inclui a *usucapião especial urbana por abandono do lar*, introduzida pela recente Lei 12.424/2011. Além dessas formas de usucapião, serão analisadas a *usucapião indígena* (Lei 6.001/1973 – Estatuto do Índio), *usucapião coletiva* (Lei 10.257/2001 – Estatuto da Cidade) e a *usucapião administrativa* (Lei 11.977/2009). Em relação à propriedade móvel, o CC/2002 continua tratando das formas *ordinária* e *extraordinária*, nos arts. 1.260 e 1.261. A usucapião será aprofundada quando do estudo da propriedade.

7.3.4.5 Posse e processo civil. A faculdade de invocar os interditos possessórios

Os interditos possessórios são as *ações possessórias diretas*. O possuidor tem a faculdade de propor essas demandas para manter-se na posse ou para que esta lhe seja restituída. Para tanto, devem ser observadas as regras processuais previstas a partir do art. 920 do CPC.

Pois bem, três são as situações concretas que possibilitam a propositura de três ações correspondentes, apesar da falta de rigidez processual quanto às medidas judiciais cabíveis:

– No caso de *ameaça* à posse (risco de atentado à posse) = caberá *ação de interdito proibitório*.
– No caso de *turbação* (atentados fracionados à posse) = caberá *ação de manutenção de posse*.
– No caso de *esbulho* (atentado consolidado à posse) = caberá *ação de reintegração de posse*.

As três medidas cabíveis são autorizadas pelo art. 1.210, *caput*, do CC/2002, pelo qual "O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado". Como se pode perceber, no caso de *ameaça*, a *ação de interdito proibitório* visa à *proteção* do possuidor de perigo iminente. No caso de *turbação*, a *ação de manutenção de posse* visa a sua *preservação*. Por fim, no caso de *esbulho*, a *ação de reintegração de posse* almeja a sua *devolução*.

Do ponto de vista prático, esclareça-se que, no caso de invasão parcial de um terreno, a ação cabível não é a de manutenção de posse, mas a de reintegração, conforme o correto entendimento jurisprudencial (nesse sentido, ver: TJMG, Agravo 1.0024.05.811922-3/001, Belo Horizonte, Décima Quinta Câmara Cível, Rel. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes, j. 20.07.2006, *DJMG*

05.09.2006; TJSP, Agravo de Instrumento 592.232-5/0, São Paulo, Décima Câmara de Direito Público, Rel. Teresa Ramos Marques, j. 06.11.2006, v.u., Voto 5.333).

De qualquer forma, as diferenças práticas em relação às três ações pouco interessam, uma vez que o art. 920 do CPC consagra a *fungibilidade total* entre as três medidas, nos seguintes termos: "A propositura de uma ação possessória em vez de outra não obstará a que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquela, cujos requisitos estejam provados". Pelo que consta do dispositivo instrumental, uma ação possessória pode ser convertida em outra livremente, se for alterada a situação fática que a fundamenta, ou seja, há a possibilidade de *transmudação de uma ação em outra*. Essa conversão também é possível nos casos em que o autor da ação possessória se engana quanto à medida cabível, havendo um desapego ao rigor formal, o que é aplicação do *princípio da instrumentalidade das formas*.

Pois bem, relembre-se que é preciso relacionar as ações possessórias à classificação da posse quanto ao tempo:

→ Se a ameaça, a turbação e o esbulho forem *novos*, ou seja, tiverem menos de um ano e um dia, caberá a *ação de força nova*: o respectivo interdito possessório seguirá o rito especial, cabendo liminar nessa ação.

→ Se a ameaça, a turbação e o esbulho forem *velhos*, com pelo menos um ano e um dia, caberá *ação de força velha*, que segue o rito ordinário, não cabendo a respectiva liminar.

Essas conclusões são orientadas pela redação do art. 924 do CPC, *in verbis*: "Regem o procedimento de manutenção e de reintegração de posse as normas da seção seguinte, quando intentado dentro de ano e dia da turbação ou do esbulho; passado esse prazo, será ordinário, não perdendo, contudo, o caráter possessório". Em suma, a *ação de força nova* é aquela que segue as regras de procedimento especial previstas entre os arts. 920 a 932 do CPC. Vejamos os principais aspectos processuais.

De início, o art. 921 do CPC consagra a possibilidade de cumulação, ao pedido possessório, de: *a)* condenação em perdas e danos; *b)* cominação de pena para caso de nova turbação ou esbulho; e *c)* desfazimento de construção ou plantação feita em detrimento de sua posse.

A cumulação com perdas e danos inclui, em regra, os danos emergentes (o que a pessoa efetivamente perdeu) e os lucros cessantes (o que a pessoa razoavelmente deixou de lucrar), nos termos dos arts. 402 a 404 do CC. Mas, além desses danos materiais ou patrimoniais, deve-se entender que cabe indenização por danos morais, se o possuidor que sofreu o atentado à posse, sofreu também uma lesão a direitos da personalidade.

O inc. II do art. 921 do CPC trata da cominação de pena em caso de nova turbação ou esbulho. Essa pena constitui a multa (*astreintes*), geralmente fixada nas ações possessórias e de forma diária. No interdito proibitório e na ação de manutenção de posse, essa multa tem um caráter fundamental,

sendo para esse o fim da liminar a ser deferida pelo juiz. O caráter dessa multa é coercitivo, evitando-se a ocorrência de novos atentados à posse.

Por fim, o inc. III do art. 921 do CPC viabiliza, na ação possessória, o desfazimento de construção ou plantação feita em detrimento da posse do autor da ação, um pedido subsidiário de obrigação de fazer. Não sendo possível essa demolição, o autor da ação poderá pleitear a conversão em perdas e danos, como reconhece a melhor jurisprudência (nessa linha, por todos: TJSP, Apelação Cível com Revisão 876.292-0/4, São José dos Campos, Trigésima Quarta Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Irineu Pedrotti, j. 25.10.2006, v.u.).

Ato contínuo de análise, o art. 922 do CPC enuncia que é lícito ao réu, na contestação do interdito possessório, alegando que foi o ofendido em sua posse, demandar a proteção possessória e a indenização pelos prejuízos resultantes da turbação ou do esbulho cometido pelo autor. Pelo que consta desse dispositivo, as ações possessórias diretas têm *natureza dúplice*, cabendo pedido contraposto em favor do réu para que a sua posse seja protegida no caso concreto. Esse pedido contraposto pode ser de proibição, de manutenção ou mesmo de reintegração da posse em seu favor.

Superado esse ponto, prevê o art. 923 do CPC que "na pendência do processo possessório é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar a ação de reconhecimento do domínio". Entretanto, não obsta à manutenção ou à reintegração na posse a alegação de domínio ou de outro direito sobre a coisa. O dispositivo processual, portanto, já previa que a alegação de exceção de domínio (*exceptio proprietatis*) não bastava para a improcedência da ação possessória. A premissa foi repetida pelo § 2.º do art. 1.210 do CC, pelo qual "Não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa". O que se entende, portanto, é que o CC/2002 consolidou a inviabilidade da alegação de domínio, ou de propriedade, em sede de ação possessória, ou seja, trouxe uma divisão entre os juízos possessório (em que se discute a posse) e petitório (em que se discute a propriedade). Nessa linha de raciocínio, o Enunciado n. 78, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*: "Tendo em vista a não recepção, pelo novo Código Civil, da *exceptio proprietatis* (art. 1.210, § 2.º) em caso de ausência de prova suficiente para embasar decisão liminar ou sentença final ancorada exclusivamente no *ius possessionis*, deverá o pedido ser indeferido e julgado improcedente, não obstante eventual alegação e demonstração de direito real sobre o bem litigioso".

Mais do que isso, arremata o Enunciado n. 79, da mesma *I Jornada*: "A *exceptio proprietatis*, como defesa oponível às ações possessórias típicas, foi abolida pelo Código Civil de 2002, que estabeleceu a absoluta separação entre os juízos possessório e petitório". Em outras palavras, a ação possessória é a via adequada para a discussão da posse; enquanto que a ação petitória é a via adequada para a discussão da propriedade e do domínio, não sendo possível *embaralhar* as duas vias. Pode-se afirmar, em conclusão, que está prejudicada, pelo menos em parte, a redação da Súmula 487 do STF, pela qual "Será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada". Não é possível discutir a posse em ação de discussão do domínio.

Encerrando o tema, como se verá, essa separação não é tão absoluta assim, particularmente quando se estuda a *desapropriação judicial privada por posse-trabalho* (art. 1.228, §§ 4.º e 5.º, do CC).

O art. 925 do CPC trata da caução a ser fixada no curso do interdito possessório. Expressa esse comando processual que "Se o réu provar, em qualquer tempo, que o autor provisoriamente mantido ou reintegrado na posse carece de idoneidade financeira para, no caso de decair da ação, responder por perdas e danos, o juiz assinar-lhe-á o prazo de 5 (cinco) dias para requerer caução sob pena de ser depositada a coisa litigiosa". Anote-se que essa caução pode ser real ou pessoal (fidejussória), devendo ser idônea, cabendo análise pelo julgador caso a caso.

A possibilidade de concessão de liminar *inaudita altera parte* (sem ouvir a outra parte) nas ações possessórias diretas está prevista no art. 928 do CPC, cuja redação é a seguinte: "Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração; no caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada". A audiência mencionada é a notória *audiência de justificação*, tão comum nas ações possessórias. Com relação a essa audiência, dispõe o art. 929 do CPC que, julgando procedente a justificação, o juiz fará logo expedir mandado de manutenção ou de reintegração de posse.

Em relação à *ação de força velha*, repise-se que essa segue o rito ordinário, não cabendo liminar para os devidos fins. Todavia, segundo o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência, cabe tutela antecipada nessa demanda, conforme reconhecido pelo Enunciado n. 238 do CJF/STJ, da *III Jornada de Direito Civil*: "Ainda que a ação possessória seja intentada além de 'ano e dia' da turbação ou esbulho, e, em razão disso, tenha seu trâmite regido pelo procedimento ordinário (CPC, art. 924), nada impede que o juiz conceda a tutela possessória liminarmente, mediante antecipação de tutela, desde que presentes os requisitos autorizadores do art. 273, I ou II, bem como aqueles previstos no art. 461-A e §§, todos do CPC". Não é diferente a conclusão da jurisprudência superior (STJ, REsp 555.027/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, j. 27.04.2004, *DJ* 07.06.2004, p. 223).

Superados esses aspectos processuais, dispõe o art. 1.211 do CC que "Quando mais de uma pessoa se disser possuidora, manter-se-á provisoriamente a que tiver a coisa, se não estiver manifesto que a obteve de alguma das outras por modo vicioso". O dispositivo trata do *possuidor aparente*, que manterá a coisa enquanto se discute em sede de ação possessória ou petitória quem é o seu possuidor ou proprietário de direito. Porém, pelo próprio dispositivo, se for demonstrado que o *possuidor aparente* tem a coisa com um vício, seja objetivo ou subjetivo, poderá esta lhe ser retirada.

O art. 1.212 do CC preceitua que o possuidor pode intentar a ação de esbulho, ou a de indenização, contra o terceiro que recebeu a coisa esbulhada sabendo que o era. A norma civil abre a possibilidade de o possuidor que sofreu o atentado definitivo à posse ingressar com ação de

reintegração de posse ou com ação de reparação de danos contra o terceiro que estiver com a coisa. A respeito da norma, na *I Jornada de Direito Civil*, aprovou-se o Enunciado n. 80 do CJF/STJ, preceituando que "É inadmissível o direcionamento de demanda possessória ou ressarcitória contra terceiro possuidor de boa-fé, por ser parte passiva ilegítima, diante do disposto no art. 1.212 do novo Código Civil. Contra o terceiro de boa-fé cabe tão somente a propositura de demanda de natureza real". Assim sendo, como não se pode atribuir culpa a quem esteja de boa-fé, não caberão as medidas previstas no dispositivo, mas tão somente ação petitória, para reivindicação da propriedade.

Para findar o presente tópico, é interessante transcrever e analisar o Enunciado n. 239 do CJF/STJ, aprovado na *III Jornada de Direito Civil*, que em muito interessa para a discussão do mérito das ações possessórias diretas: "Na falta de demonstração inequívoca de posse que atenda à função social, deve-se utilizar a noção de 'melhor posse', com base nos critérios previstos no parágrafo único do art. 507 do CC/1916". O enunciado doutrinário começa muito bem e termina muito mal. Começa muito bem, pois aponta que para a caracterização do que seja melhor posse, em sede de ação possessória, deve-se levar em conta a sua função social. Justamente por isso já é forte a corrente doutrinária que aponta para a falta de legitimidade para a referida ação no caso de alguém que não vem atendendo a essa função social. Nessa linha, ensinam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald que:

> "O direito do possuidor de defender a sua posse contra terceiros – incluindo-se aí o proprietário – é uma consequência jurídica produzida pela necessidade geral de respeito a uma situação fática consolidada, na qual necessidades humanas fundamentais são satisfeitas. A densidade social da posse como modo revelador da necessidade básica do homem de apropriar-se de bens primários, justifica que não seja ela reduzida a mero complemento da tutela da propriedade, mas sim em instrumento concreto de busca pela igualdade material e justiça social".[31]

Vale dizer que a tese que relaciona a função social da posse e da propriedade como pressupostos para o ingresso de ação possessória e mesmo petitória já foi adotada pela jurisprudência do STJ no notório caso da *Favela Pullman*, que ainda será comentado e aprofundado (REsp 75.659/SP, j. 21.06.2005).

O Enunciado n. 239 do CJF/STJ termina muito mal por fazer menção ao parágrafo único do art. 507 do CC/1916, que previa a seguinte ordem para a caracterização da melhor posse: "Entende-se melhor a posse que se fundar em justo título; na falta de título, ou sendo os títulos iguais, a mais antiga; se da mesma data, a posse atual. Mas, se todas forem duvidosas, será sequestrada a coisa, enquanto se não apurar a quem toque". A crítica está justificada pelo fato de que a *melhor posse* deve levar em conta o atendimento da função social.

7.3.4.6 *A legítima defesa da posse e o desforço imediato*

As faculdades de utilização da legítima defesa da posse e do desforço imediato sempre geraram polêmicas e estão tratadas pelo art. 1.210, § 1.º, do CC: "O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa ou de desforço não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse".

A legítima defesa da posse e o desforço imediato constituem formas de autotutela, autodefesa ou de defesa direta, independentemente de ação judicial, cabíveis ao possuidor direto ou indireto contra as agressões de terceiro. Nos casos de ameaça e turbação, em que o atentado à posse não foi definitivo, cabe a legítima defesa. Havendo esbulho, a medida cabível é o desforço imediato, visando à retomada do bem esbulhado.

Em todas as hipóteses, observe-se que esses institutos de autodefesa apresentam alguns requisitos, que devem ser respeitados, para que a atuação seja lícita:

> 1.º – A defesa deve ser imediata, ou seja, *incontinenti*, conclusão a ser retirada da análise do caso concreto. A título de exemplo e obviamente, uma defesa praticada após um ano e um dia não é imediata, não cabendo a utilização dos institutos de proteção própria. Ainda ilustrando, se o possuidor deixa que o esbulhador construa uma cerca divisória, pelo menos aparentemente, não tomou as medidas imediatas que lhe cabiam. Sobre tal requisito do imediatismo, foi aprovado enunciado na *V Jornada de Direito Civil*, em 2011, propondo uma interpretação restritiva do preceito: "No desforço possessório, a expressão 'contanto que o faça logo' deve ser entendida restritivamente, apenas como a reação imediata ao fato do esbulho ou da turbação, cabendo ao possuidor recorrer à via jurisdicional nas demais hipóteses". (Enunciado n. 495 do CJF/STJ).
>
> 2.º – O possuidor que toma as medidas de autotutela não pode ir além do indispensável para a recuperação de sua posse. Deve agir nos limites do exercício regular desse direito, servindo como parâmetro o art. 187 do CC, que prevê o abuso de direito como ato ilícito. Os parâmetros, portanto, são aqueles previstos no dispositivo da codificação: fim social, fim econômico, boa-fé objetiva e bons costumes. Devem ser evitados ao máximo os abusos cometidos, sob pena de sacrifício dos institutos, o que, aliás, ocorre nas violentas invasões de terra que são praticadas no Brasil e as violentas (mais ainda) reprimendas por parte dos proprietários e possuidores, o que tem tornado o meio rural brasileiro um verdadeiro campo de batalha, habitado por inúmeras milícias armadas.
>
> 3.º – A lei está a autorizar que o possuidor que faz uso da autotutela utilize o apoio de empregados ou prepostos. Isso porque o art. 1.210, § 1.º, do CC faz menção à *força própria*, que inclui o auxílio de terceiros, com quem mantém vínculos. Sendo reconhecida essa possibilidade, é importante concluir que se o preposto, empregado ou serviçal, na defesa dessa posse e seguindo as ordens do possuidor, causar danos a outrem, responderá o comitente, empregador ou senhorio, nos termos dos arts. 932 e 933 do CC. A responsabilidade do possuidor é objetiva (independentemente de culpa), desde que comprovada a culpa daquele por quem se é responsável – *responsabilidade objetiva indireta ou por atos de outrem.*

7.3.5 Formas de aquisição, transmissão e perda da posse

O CC/2002, a exemplo do seu antecessor, continua elencando as formas e regras da aquisição, transmissão e perda da posse, aqui estudadas em mesmo tópico, para facilitação didática.

De início, quanto à aquisição da posse, preconiza o art. 1.204 do CC/2002 que "Adquire-se a posse desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade". Confrontado esse dispositivo com o art. 493 do CC/1916, percebe-se que o legislador preferiu não elencar as hipóteses de aquisição da posse, como constava da antiga codificação. Substituiu-se, portanto, uma relação supostamente fechada ou taxativa (*numerus clausus*) por um conceito aberto, a ser preenchido caso a caso (*numerus apertus*). E não poderia ser diferente, pois a atual codificação, no *espírito realeano* (Miguel Reale), segue um sistema de princípios, de cláusulas gerais (janelas abertas deixadas na lei), de conceitos legais indeterminados. Sendo assim, as formas de aquisição da posse que constavam da lei anterior servem somente como exemplo, a saber: *a)* apreensão da coisa; *b)* exercício de direito; *c)* fato de disposição da coisa; e *d)* qualquer outro modo geral de aquisição de direito.

Dessas formas de aquisição, deve-se lembrar que há *formas de aquisição originárias*, em que há um contato direto entre a pessoa e a coisa; e *formas de aquisição derivadas*, em que há uma intermediação pessoal.[32] Como forma originária, o exemplo típico se dá no ato de apreensão de bem móvel, quando a coisa não tem dono (*res nullius*) ou for abandonada (*res derelictae*). Como forma derivada, o caso mais importante envolve a tradição, que vem a ser a entrega da coisa, principal forma de aquisição da propriedade móvel. A partir das construções de Washington de Barros Monteiro, classifica-se a tradição da seguinte forma:[33]

a) *Tradição real* – dá-se pela entrega efetiva ou material da coisa, como ocorre na entrega do veículo pela concessionária em uma compra e venda.

b) *Tradição simbólica* – há um ato representativo da transferência da coisa como, por exemplo, a entrega das chaves de um apartamento. É o que ocorre na *traditio longa manu*, em que a coisa a ser entregue é colocada à disposição da outra parte. Ilustrando, o CC/2002 passou a disciplinar, como cláusula especial da compra e venda, a *venda sobre documentos*, em que a entrega efetiva do bem móvel é substituída pela entrega de documento correspondente à propriedade (arts. 529 a 532 do CC).

c) *Tradição ficta* – é aquela que se dá por presunção, como ocorre na *traditio brevi manu*, em que o possuidor possuía em nome alheio e agora passa a possuir em nome próprio (o exemplo típico é o do locatário que compra o imóvel, passando a ser o proprietário). Também há tradição ficta no *constituto possessório* ou *cláusula constituti*, em que o possuidor possuía em nome próprio e passa a possuir em nome alheio (o caso do proprietário que vende o imóvel e nele permanece como locatário).

O art. 1.205 do CC preconiza que a posse pode ser adquirida: *a)* pela própria pessoa que a pretende ou por seu representante; ou *b)* por terceiro sem mandato, dependendo de ratificação. Em outras palavras, a posse pode ser adquirida pelo próprio sujeito que a apreende, desde que capaz; por seu representante legal ou convencional (caso do herdeiro e do mandatário); ou até por terceiro que não tenha mandato, desde que haja confirmação posterior, com efeitos *ex tunc* ou retroativos. O dispositivo, quando confrontado com o art. 494 do CC/1916, seu correspondente, apresenta uma

insuficiência, pela não menção ao *constituto possessório*. Para completar, na *I Jornada de Direito Civil*, aprovou-se o Enunciado n. 77, prevendo que "A posse das coisas móveis e imóveis também pode ser transmitida pelo *constituto possessório*".

Em havendo a aquisição ou transmissão da posse pelo *constituto possessório*, não restam dúvidas de que o novo possuidor poderá defender-se por meio das ações possessórias, como entende o STJ (REsp 173.183/TO, Quarta Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 01.09.1998, *DJ* 19.10.1998, p. 110).

Superada a análise da aquisição, no tocante à transmissão da posse, prevê o art. 1.206 do CC em vigor que "a posse transmite-se aos herdeiros ou legatários do possuidor com os mesmos caracteres". Trata-se de expressão do *princípio da continuidade do caráter da posse* que, em regra, mantém os mesmos atributos da sua aquisição. Esse importante regramento também é retirado do art. 1.203 do CC, pelo qual, salvo prova em contrário, entende-se manter a posse o mesmo caráter com que foi adquirida, consagração da regra de que ninguém pode, por si só, mudar a causa que fundamenta a posse (*neme si ipsi causam possessionis mutare potest*).

Especializando esse princípio da continuidade, determina o art. 1.207 que o *sucessor universal* continua de direito a posse do seu antecessor; e ao *sucessor singular* é facultado unir sua posse à do antecessor, para os efeitos legais. A lei diferencia dois tipos de sucessão: a universal (nos casos de herança legítima) e a singular (nos casos de compra e venda, doação ou legado).

No primeiro caso, a lei prevê a *continuidade*; no segundo, a *união* de posses (acessão). Como esclarece Orlando Gomes, "o que distingue a sucessão da união é o modo de transmissão da posse, sendo a título universal, há sucessão; sendo a título singular, há união. Não importa que a sucessão seja *inter vivos* ou *mortis causa*. Na sucessão *mortis causa* a título singular, a acessão se objetiva pela forma da união. A sucessão de posses é imperativa; a união, facultativa, enquanto na singular é facultado unir sua posse à precedente. Sendo, nesta última hipótese, uma faculdade, o possuidor atual só usará se lhe convier, limitando-se à sua posse quando do seu interesse".[34] Sintetizando, quanto à defesa possessória, tanto o sucessor universal quanto o singular poderão defendê-la, em continuidade ou acessão à posse anterior.

Anote-se, ainda a respeito dos institutos, a aprovação do seguinte enunciado sobre a matéria, na *V Jornada de Direito Civil*, realizada em 2001: "A faculdade conferida ao sucessor singular de somar ou não o tempo da posse de seu antecessor não significa que, ao optar por nova contagem, estará livre do vício objetivo que maculava a posse anterior." (Enunciado n. 494). Desse modo, é possível que o vício que atingia a posse anterior seja transmitido ao sucessor singular em casos tais.

Obviamente, o *princípio da continuidade do caráter da posse* não é absoluto, podendo ser mitigado. Como salienta Maria Helena Diniz, há uma presunção relativa (*iuris tantum*) de que a posse mantém o seu caráter e não uma presunção absoluta ou *iure et de iure*.[35] Essa conclusão pode

ser retirada do art. 1.208 do CC, cuja transcrição mais uma vez interessa: "Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade". Repise-se que, pela conjugação desse dispositivo com o art. 924 do CPC, a posse adquirida com injustiça pode passar a ser justa, após um ano e um dia, desde que violenta ou clandestina, segundo a corrente majoritária.

Esclareça-se que, pela redação do art. 1.208 da codificação, pode parecer que a posse injusta não constitui posse, mas detenção. Na *opinio* deste autor, não parece ser essa a melhor conclusão, pois a posse injusta é posse como se retira da sua própria nomenclatura, bem como do art. 1.200 do CC.

Ainda no que tange à transmissão da posse, prescreve o art. 1.209 do CC que a posse do imóvel faz presumir, até prova contrária, a das coisas móveis que nele estiverem. Em regra, havendo transmissão da posse de um imóvel (bem principal), também haverá a transmissão dos móveis que o guarnecem (bem acessório) – aplicação do princípio da gravitação jurídica, pelo qual o acessório segue o principal.

Quanto à perda da posse, o legislador civil mais uma vez preferiu utilizar expressões genéricas no seu art. 1.223: "Perde-se a posse quando cessa, embora contra a vontade do possuidor, o poder sobre o bem, ao qual se refere o art. 1.196". Em suma, cessando os atributos relativos à propriedade, cessa a posse, que é perdida, extinta. O art. 520 do CC/1916, ao contrário, previa expressamente os casos de perda da posse, que nos servem como exemplos ilustrativos (rol *numerus apertus*):

- Pelo abandono da coisa (*derrelição*), fazendo surgir a coisa abandonada (*res derelictae*).
- Pela tradição, entrega da coisa, que pode ser real, simbólica ou ficta.
- Pela perda ou destruição da coisa possuída.
- Se a coisa for colocada fora do comércio, isto é, se for tratada como bem inalienável (*inconsutibilidade jurídica* – art. 86 do CC).
- Pela posse de outrem, ainda que contra a vontade do possuidor, se este não foi manutenido, ou reintegrado à posse, em tempo competente.
- Pelo constituto possessório ou cláusula *constituti*, hipótese em que a pessoa possuía o bem em nome próprio e passa a possuir em nome alheio (forma de aquisição e perda da posse, ao mesmo tempo).

Por derradeiro, nos termos do art. 1.224 do CC, "só se considera perdida a posse para quem não presenciou o esbulho, quando, tendo notícia dele, se abstém de retornar a coisa, ou, tentando recuperá-la, é violentamente repelido". Em outras palavras, se o possuidor não presenciou o momento em que foi esbulhado, somente haverá a perda da posse se, informado do atentado à posse, não toma as devidas medidas necessárias ou se sofrer violência ao tentar fazê-lo, não procurando outros caminhos após essa violência. A norma mantém relação com a boa-fé objetiva,

particularmente com a perda de um direito ou de posição jurídica pelo seu não exercício no tempo (*supressio*). Isso porque o possuidor que não toma as medidas cabíveis ao ter conhecimento do esbulho não pode, após isso, insurgir-se contra o ato de terceiro. A lei acaba por presumir que a sua posse está perdida, admitindo-se, obviamente, prova em contrário.

7.3.6 Composse ou compossessão

A composse ou compossessão é a situação pela qual duas ou mais pessoas exercem, simultaneamente, poderes possessórios sobre a mesma coisa (*condomínio de posses*), o que pode ter origem *inter vivos* ou *mortis causa*. Cite-se a hipótese de doação conjuntiva, para dois donatários, que terão a posse de um imóvel.

Os compossuidores podem usar livremente a coisa, conforme seu destino, e sobre ela exercer seus direitos compatíveis com a situação de indivisão. Expressa o art. 1.199 do CC que "Se duas ou mais pessoas possuírem coisa indivisa, poderá cada uma exercer sobre ela atos possessórios, contanto que não excluam os dos outros compossuidores". Em suma, desde que não haja exclusão do direito alheio, qualquer um dos possuidores poderá fazer uso das ações possessórias, no caso de atentado praticado por terceiro. Além disso, caberá a utilização das medidas de autotutela (art. 1.210, § 1.º, do CC).

Em relação a terceiros, como se fossem um único sujeito, qualquer dos possuidores poderá usar os remédios possessórios que se fizerem necessários, tal como acontece no condomínio. Cite-se, a título de exemplo, a possibilidade de um cônjuge ou companheiro que permanece no imóvel promover ação possessória em face de terceiro (ver: STJ, REsp 10.521/PR, Rel. Min. Barros Monteiro, 4.ª Turma, j. 26.10.1992, *DJ* 04.04.1994, p. 6.684).

Também é possível que um compossuidor ingresse com ação possessória em face do outro compossuidor, o que depende da qualificação da posse existente na relação entre as partes envolvidas. Assim, o STJ admite a propositura de ação de reintegração de posse de um herdeiro compossuidor em face do outro. Vejamos a publicação no seu *Informativo* n. *431*:

> "Princípio *saisine*. Reintegração. Composse. Cinge-se a questão em saber se o compossuidor que recebe a posse em razão do princípio *saisine* tem direito à proteção possessória contra outro compossuidor. Inicialmente, esclareceu o Min. Relator que, entre os modos de aquisição de posse, encontra-se o *ex lege*, visto que, não obstante a caracterização da posse como poder fático sobre a coisa, o ordenamento jurídico reconhece, também, a obtenção desse direito pela ocorrência de fato jurídico – a morte do autor da herança –, em virtude do princípio da *saisine*, que confere a transmissão da posse, ainda que indireta, aos herdeiros independentemente de qualquer outra circunstância. Desse modo, pelo mencionado princípio, verifica-se a transmissão da posse (seja ela direta ou indireta) aos autores e aos réus da demanda, caracterizando, assim, a titularidade do direito possessório a ambas as partes. No caso, há composse do bem em litígio, motivo pelo qual a posse de qualquer um deles pode ser defendida todas as vezes em que for molestada por estranhos à relação possessória ou, ainda, contra ataques advindos de outros compossuidores. *In casu*, a posse transmitida é a civil (art. 1.572 do CC/1916), e não a posse natural (art. 485 do CC/1916).

Existindo composse sobre o bem litigioso em razão do *droit de saisine* é direito do compossuidor esbulhado o manejo de ação de reintegração de posse, uma vez que a proteção à posse molestada não exige o efetivo exercício do poder fático – requisito exigido pelo tribunal de origem. O exercício fático da posse não encontra amparo no ordenamento jurídico, pois é indubitável que o herdeiro tem posse (mesmo que indireta) dos bens da herança, independentemente da prática de qualquer outro ato, visto que a transmissão da posse dá-se *ope legis*, motivo pelo qual lhe assiste o direito à proteção possessória contra eventuais atos de turbação ou esbulho. Isso posto, a Turma deu provimento ao recurso para julgar procedente a ação de reintegração de posse, a fim de restituir aos autores da ação a composse da área recebida por herança. Precedente citado: REsp 136.922-TO, *DJ* 16.03.1998" (STJ, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJRS), j. 20.04.2010).

Para encerrar, em relação ao seu estado, a composse admite a classificação a seguir:

a) *Composse pro indiviso* ou *indivisível* – os compossuidores têm *fração ideal da posse*, pois não é possível determinar, no plano fático e corpóreo, qual a parte de cada um. Exemplo: dois irmãos têm a posse de uma fazenda e ambos exercem-na sobre todo o imóvel, retirando dele produção de hortaliças.

b) *Composse pro diviso* ou *divisível* – cada compossuidor sabe qual a sua parte, que é determinável no plano fático e corpóreo, havendo uma *fração real da posse*. Exemplo: dois irmãos têm a composse de uma fazenda, que é dividida ao meio por uma cerca. Em metade dela um irmão tem uma plantação de rabanetes; na outra metade, o outro irmão cultiva beterrabas.

7.4 DA PROPRIEDADE

7.4.1 Conceitos fundamentais relativos à propriedade e seus atributos

O conceito de propriedade sempre foi objeto de estudo dos civilistas das mais diversas gerações. Vejamos algumas construções para ilustrar:

– Clóvis Beviláqua conceitua a propriedade como sendo o poder assegurado pelo grupo social à utilização dos bens da vida física e moral.[36]

– Caio Mário da Silva Pereira leciona: "Direito real por excelência, direito subjetivo padrão, ou 'direito fundamental' (Pugliatti, Natoli, Plainol, Ripert e Boulanger), a propriedade mais se sente do que se define, à luz dos critérios informativos da civilização romano-cristã. A ideia de 'meu e teu', a noção do assenhoreamento de bens corpóreos e incorpóreos independe do grau de cumprimento ou do desenvolvimento intelectual. Não é apenas o homem do direito ou o *business man* que a percebe. Os menos cultivados, os espíritos mais rudes, e até crianças têm dela a noção inata, defendem a relação jurídica dominial, resistem ao desapossamento, combatem o ladrão. Todos 'sentem' o fenômeno propriedade". (...). "A propriedade é o direito de usar, gozar e dispor da coisa, e reivindicá-la de quem injustamente a detenha".[37]

– Para Orlando Gomes, a propriedade é um direito complexo, podendo ser conceituada a partir de três critérios: o sintético, o analítico e o descritivo. Sinteticamente, para o jurista baiano, a propriedade é a submissão de uma coisa, em todas as suas relações jurídicas, a uma pessoa. No sentido analítico, ensina o doutrinador que a propriedade está relacionada com os direitos de usar, fruir, dispor e alienar a coisa. Por fim, descritivamente, a propriedade é um direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo, pelo qual uma coisa está submetida à vontade de uma pessoa, sob os limites da lei.[38]

– Maria Helena Diniz define a propriedade como sendo "o direito que a pessoa física ou jurídica tem, dentro dos limites

normativos, de usar, gozar, dispor de um bem corpóreo ou incorpóreo, bem como de reivindicá-lo de quem injustamente o detenha".[39]

– Dando sentido amplo ao conceito, Álvaro Villaça Azevedo afirma que "a propriedade é, assim, o estado da coisa, que pertence, em caráter próprio e exclusive, a determinada pessoa, encontrando-se em seu patrimônio e à sua disposição. (...). O direito de propriedade é a sujeição do bem à vontade do proprietário, seu titular".[40]

– Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald "a propriedade é um direito complexo, que se instrumentaliza pelo domínio, possibilitando ao seu titular o exercício de um feixe de atributos consubstanciados nas faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa que lhe serve de objeto (art. 1.228 do CC)".[41]

A partir de todas essas construções, pode-se definir a propriedade como o direito que alguém possui em relação a um bem determinado. Trata-se de um direito fundamental, protegido no art. 5.º, inc. XXII, da Constituição Federal, mas que deve sempre atender a uma função social, em prol de toda a coletividade. A propriedade é preenchida a partir dos atributos que constam do Código Civil de 2002 (art. 1.228), sem perder de vista outros direitos, sobretudo aqueles com substrato constitucional.

Deve ficar claro que o presente autor incrementou os seus estudos a respeito dos direitos intelectuais. Sendo assim, passou a seguir a linha defendida pela Professora Titular da USP Silmara Juny Chinellato, no sentido de terem os direitos de autor uma natureza separada da propriedade, tidos como verdadeiros direitos de personalidade. Para a jurista, "A natureza jurídica híbrida, com predominância de direitos da personalidade, do direito de autor como direito especial, *suis generis*, terá como consequência não serem aplicáveis regras da propriedade quando a ele se referirem, nas múltiplas considerações das relações jurídicas".[42] Entre os aspectos destacados, demonstrando uma diferença de tratamento dos direitos de autor, mencionem-se: "a) distinção entre corpo mecânico e corpo místico, sendo apenas o primeiro suscetível de propriedade e posse; b) aquisição da titularidade do direito de autor; c) prazo de duração limitado para direitos patrimoniais e ilimitado para direitos morais; d) não cabe usucapião quanto a nenhum dos direitos morais, aplicando-se, em tese ao corpo mecânico; e) perda do direito patrimonial depois de certo prazo, quando a obra cai em domínio público; f) inalienabilidade de direitos morais; g) ubiquidade da criação intelectual; h) diferente tratamento no regime de bens no casamento, entre a propriedade e do direito de autor".[43]

Na mesma trilha, podem ser citadas as lições de Álvaro Villaça Azevedo, para quem o objeto do Direito das Coisas, e também da propriedade, "são os bens corpóreos com valor econômico (*res quae tangi possunt* – coisas que podem ser tocadas com a ponta dos dedos), sobre as quais pode ser exercido o poder do titular".[44]

Feito tal esclarecimento e aprofundando, a propriedade está relacionada a *quatro atributos*, previstos no *caput* do art. 1.228 do CC/2002, cuja redação é a seguinte: "O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha". O dispositivo apresenta diferenças substanciais em relação ao art.

524 do CC/1916, cujo *caput* previa que "A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua". Isso porque não há mais a previsão da existência de *direitos* relativos ao uso, fruição e disposição da coisa, mas sim de *faculdades jurídicas*, o que foi feito no sentido de abrandar o sentido do texto legal.

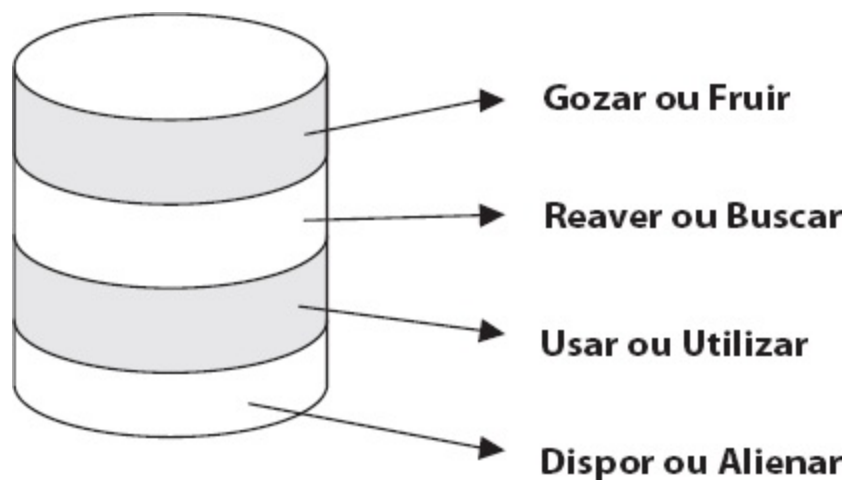
Cumpre destacar que a expressão *direito* somente foi mantida para a vindicação do bem, por meio da *ação petitória*. Pode-se afirmar que essa alteração conceitual demonstra, pelo menos em parte, o rompimento do caráter individualista da propriedade, que prevalecia na visão anterior, pois a supressão da expressão *direitos* faz alusão à substituição de algo que foi, supostamente, absoluto no passado, o que não mais ocorre atualmente.[45] Parte-se ao estudo pontual desses atributos.

a) Faculdade de gozar ou fruir da coisa (antigo *ius fruendi)* – trata-se da faculdade de retirar os frutos da coisa, que podem ser naturais, industriais ou civis (os frutos civis são os *rendimentos*). Exemplificando, o proprietário de um imóvel urbano poderá locá-lo a quem bem entender, o que representa exercício direto da propriedade.

b) Direito de reivindicar a coisa contra quem injustamente a possua ou a detenha (*ius vindicandi*) – esse direito será exercido por meio de ação petitória, fundada na propriedade, sendo a mais comum a *ação reivindicatória*, principal ação real fundada no domínio (*rei vindicatio*). Nessa demanda, o autor deve provar o seu domínio, oferecendo prova da propriedade, com o respectivo registro e descrevendo o imóvel com suas confrontações. A ação petitória não se confunde com as ações possessórias, sendo certo que nestas últimas não se discute a propriedade do bem, mas a sua posse. Prevalece o entendimento de imprescritibilidade dessa ação (por todos: STJ, REsp 216.117/RN, Terceira Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 03.12.1999, *DJ* 28.02.2000, p. 78). O *caput* do art. 1.228 do CC possibilita expressamente que a ação reivindicatória seja proposta contra quem injustamente possua ou *detenha* a coisa. O exemplo típico envolve a ação proposta contra um caseiro, que ocupa o imóvel em nome de um invasor (injusto possuidor).

c) Faculdade de *usar* a coisa, de acordo com as normas que regem o ordenamento jurídico (antigo *ius utendi*) – esse atributo encontra limites na CF/1988, no CC/2002 (*v.g.*, regras quanto à vizinhança) e em leis específicas, caso do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001).

d) Faculdade de dispor da coisa (antigo *ius disponendi*), seja por atos *inter vivos* ou *mortis causa* – como atos de disposição podem ser mencionados a compra e venda, a doação e o testamento.

Pois bem, levando-se em conta os seus atributos, didaticamente, a propriedade pode ser entendida como um recipiente cilíndrico, ou como uma garrafa, a ser preenchido por quatro camadas, que são os atributos de **G**ozar, **R**eaver, **U**sar, **D**ispor. São quatro atributos que estão *presos* ou *aderidos* à propriedade, o que justifica a utilização do acróstico **GRUD**. O desenho a seguir demonstra bem essa simbologia:

Nota-se pela simbologia que se determinada pessoa tiver todos os atributos relativos à propriedade, terá a *propriedade plena (G + R+ U + D)*. Se tiver pelo menos um dos atributos, haverá posse. Obviamente, os referidos atributos podem ser distribuídos entre pessoas distintas, havendo a *propriedade restrita*. Justamente por isso, a propriedade admite a seguinte classificação:

- *Propriedade Plena* ou *Alodial* – o proprietário tem consigo os atributos de gozar, usar, reaver e dispor da coisa. Todos esses caracteres estão em suas mãos de forma unitária, sem que terceiros tenham qualquer direito sobre a coisa.
- *Propriedade Limitada* ou *Restrita* – recai sobre a propriedade algum ônus, caso da hipoteca, da servidão ou usufruto; ou quando a propriedade for resolúvel, dependente de condição ou termo (art. 1.359 do CC). Alguns dos atributos da propriedade passam a ser de outrem, constituindo-se em direito real sobre coisa alheia. No último caso, havendo a divisão entre os referidos atributos, o direito de propriedade é composto de duas partes destacáveis:
  a) *Nua-propriedade* – corresponde à titularidade do domínio, ao fato de ser proprietário e de ter o bem em seu nome. Costuma-se dizer que a *nua-propriedade* é aquela *despida* dos atributos do uso e da fruição (atributos diretos ou imediatos);
  b) *Domínio útil* – corresponde aos atributos de usar, gozar e dispor da coisa. Dependendo dos atributos que possui, a pessoa que o detém recebe uma denominação diferente: superficiário, usufrutuário, usuário, habitante, promitente comprador etc. Por tal divisão, uma pessoa pode ser o titular (o proprietário) tendo o bem registrado em seu nome ao mesmo tempo em que outra pessoa possui os atributos de usar, gozar e até dispor daquele bem em virtude de um negócio jurídico, como ocorre no usufruto, na superfície, na servidão, no uso, no direito real de habitação, no direito do promitente comprador, no penhor, na hipoteca e na anticrese. Ilustrando de forma mais profunda, no usufruto percebe-se uma divisão proporcional dos atributos da propriedade: o nu-proprietário mantém os atributos de dispor e reaver a coisa; enquanto que o usufrutuário tem os atributos de usar e fruir (gozar) da coisa.

Para findar o tópico, é fundamental verificar o conceito de *domínio, que para muitos é sinônimo de propriedade*, tese a que se filia este autor. Todavia, há quem entenda de forma contrária, caso de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, que lecionam:

> "O domínio é instrumentalizado pelo direito de propriedade. Ele consiste na titularidade do bem. Aquele se refere ao conteúdo interno da propriedade. O domínio, como vínculo real entre o titular e a coisa, é absoluto. Mas, a propriedade é relativa, posto ser intersubjetiva e orientada à funcionalização do bem pela imposição de deveres positivos e negativos de seu titular perante a coletividade. Um existe em decorrência do outro. Cuida-se de conceitos complementares e comunicantes que precisam ser apartados, pois em várias situações o proprietário – detentor da titularidade formal – não será aquele que exerce o domínio (*v.g.*,

usucapião antes do registro; promessa de compra e venda após a quitação). Veremos adiante que a propriedade recebe função social, não o domínio em si".[46]

Como se pode notar, os conceitos de propriedade e de domínio são muito próximos, não se justificando, metodologicamente, as diferenciações expostas pelos juristas contemporâneos. E, como o Código Civil de 2002 adota o princípio da operabilidade, em um primeiro sentido de facilitação do Direito Privado, não há razões para a distinção.

7.4.2 Principais características do direito de propriedade

A propriedade, como direito real por excelência, tem características muito próximas dos direitos reais expostos no início do capítulo. Vejamos tais caracteres, à luz da melhor doutrina, clássica e contemporânea, consultada para a composição deste livro:

a) *Direito absoluto, em regra, mas que deve ser relativizado em algumas situações* – ficou claro que a propriedade é o mai completo dos direitos reais. Diante do seu caráter *erga omnes*, ou seja, *contra todos*, é comum afirmar que a propriedade é um direito absoluto. Também no sentido de certo absolutismo, o proprietário pode desfrutar da coisa como bem entender. Porém, existem claras limitações dispostas no interesse do coletivo, caso da *função social e socioambiental da propriedade* (art. 1.228, § 1.º, do CC). Além disso, não se pode esquecer a comum coexistência de um direito de propriedade frente aos outros direitos da mesma espécie, nos termos do art. 1.231 do CC, pelo qual se admite a prova em contrário da propriedade de determinada pessoa. A propriedade deve ser relativizada se encontrar pela frente um outro direito fundamental protegido pelo Texto Maior. Por isso é que se pode dizer que a propriedade é um direito absoluto, regra geral, mas que pode e deve ser relativizado em muitas situações.

b) *Direito exclusivo* – determinada coisa não pode pertencer a mais de uma pessoa, salvo os casos de condomínio ou copropriedade, hipótese que também não retira o seu caráter de exclusividade.[47] Isso justifica a presente característica, a ser retirada do art. 1.231 do CC, pelo qual a propriedade presume-se plena e exclusiva, salvo prova ou previsão em contrário (presunção relativa ou *iuris tantum*). É correto afirmar que, apesar de ser um direito exclusivo, a propriedade envolve interesses indiretos de outras pessoas, e até de toda a sociedade, que almejam o atendimento à sua função social.

c) *Direito perpétuo* – o direito de propriedade permanece independentemente do seu exercício, enquanto não houver causa modificativa ou extintiva, sejam elas de origem legal ou convencional. A propriedade, por tal característica, pode ser comparada a um motor em constante funcionamento, que não para, em regra (*moto contínuo*), a não ser que surja um fato novo que interrompa o seu funcionamento.

d) *Direito elástico* – característica que é atribuída, na doutrina nacional, a Orlando Gomes, a propriedade pode ser distendida ou contraída quanto ao seu exercício, conforme sejam adicionados ou retirados os atributos que são destacáveis.[48] Na propriedade plena, o direito se encontra no grau máximo de elasticidade, havendo uma redução nos direitos reais de gozo ou fruição e nos direitos reais de garantia.

e) *Direito complexo* – por tudo o que está sendo exposto, a propriedade é um direito por demais complexo, particularmente pela relação com os quatro atributos constantes do *caput* do art. 1.228 do CC.

f) *Direito fundamental* – não se pode esquecer que a propriedade é um direito fundamental, pelo que consta do art. 5.º, XXII e XXIII, da Constituição Federal. Esse caráter faz que a proteção do direito de propriedade e a correspondente função social sejam aplicados de forma imediata nas relações entre particulares, pelo que consta do art. 5.º, § 1.º, do Texto Maior (*eficácia horizontal dos direitos fundamentais*). Em reforço, o direito de propriedade pode ser ponderado frente a outros direitos tidos como fundamentais, caso da dignidade humana (art. 1.º, III, da CF/1988), particularmente naqueles casos de

difícil solução (*técnica de ponderação*).

7.4.3 Disposições preliminares relativas à propriedade. A função social e socioambiental da propriedade

Como primeiro dispositivo preliminar a respeito da propriedade, repise-se que o *caput* do art. 1.228 traz os atributos, faculdades e direitos relativos ao domínio, tema já estudado. O seu § 1.º é um dos preceitos mais importantes da vigente lei civil, ao enunciar que "O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas". A norma civil codificada passa a consagrar expressamente a função social, em um sentido de finalidade, como princípio orientador da propriedade; além de representar a principal limitação a esse direito.

Como é notório, a função social da propriedade constante da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002 sofreu forte influência da clássica doutrina de Leon Duguit, "para quem a propriedade já não é o direito subjetivo do indivíduo, mas uma função social a ser exercida pelo detentor da riqueza".[49] Assim, como observa o Professor Titular da USP Carlos Alberto Dabus Maluf, "Ao antigo absolutismo do direito, consubstanciado no famoso *jus utendi et abutendi*, contrapõe-se, hoje, a socialização progressiva da propriedade – orientando-se pelo critério da utilidade social para maior e mais ampla proteção aos interesses e às necessidades comuns".[50] Ainda sobre o tema, preciosas são as palavras de Orlando Gomes:

> "Estabelecidas essas premissas, pode-se concluir que pela necessidade de abandonar a concepção romana da propriedade, para compatibilizá-la com as finalidades sociais da sociedade contemporânea, adotando-se, como preconiza André Piettre, uma concepção finalista, a cuja luz se definam as funções sociais desse direito. No mundo moderno, o direito individual sobre as coisas impõe deveres em proveito da sociedade e até mesmo no interesse de não proprietários. Quando tem por objeto bens de produção, sua finalidade social determina a modificação conceitual do próprio direito, que não se confunde com a política de limitações específicas ao seu uso. A despeito, porém, de ser um conceito geral, sua utilização varia conforme a vocação social do bem no qual recai o direito – conforme a intensidade do interesse geral que o delimita e conforme a sua natureza na principal *rerum divisio* tradicional. A propriedade deve ser entendida como função social tanto em relação aos bens imóveis como em relação aos bens móveis".[51]

Na esteira dessas lições, é possível dizer que a função social pode se confundir com o próprio conceito de propriedade, diante de um *caráter inafastável de acompanhamento*, na linha do preconizado por Duguit. Assim, a propriedade deve sempre atender aos interesses sociais, ao que almeja o bem comum, evidenciando-se uma *destinação positiva* que deve ser dada à coisa. Partilhando dessa forma de pensar, enunciado aprovado na *V Jornada de Direito Civil*, com a

seguinte redação a respeito da propriedade rural: "Na aplicação do princípio da função social da propriedade imobiliária rural, deve ser observada a cláusula aberta do § 1.º do art. 1.228 do Código Civil, que, em consonância com o disposto no art. 5.º, inciso XXIII da Constituição de 1988, permite melhor objetivar a funcionalização mediante critérios de valoração centrados na primazia do trabalho" (Enunciado n. 507).

Para o presente autor, a função social é componente não só da propriedade rural ou agrária, mas também da propriedade urbana. Em ambos os casos, deve-se compreender a função social da propriedade com dupla intervenção: limitadora e impulsionadora, como bem leciona José de Oliveira Ascensão.

De acordo com o Professor Catedrático da Universidade de Lisboa: "como se deduz das próprias expressões, no primeiro caso, a lei pretenderia apenas manter cada titular dentro de limites que se não revelassem prejudiciais à comunidade, enquanto que no segundo interviria activamente, fomentaria, impulsionaria, de maneira a que de uma situação de direito real derivasse um resultado socialmente mais valioso. Esta distinção é útil para a compreensão do material legislativo. Nomeadamente, podemos verificar com facilidade que, enquanto no século passado a lei quase se limitava a certo número de intervenções de caracter restritivo, agora multiplicam-se as intervenções impulsionadoras, de modo a aumentar o proveito que socialmente se pode extrair do bem".[52]

As palavras do jurista português igualmente servem para explicar a realidade brasileira. A própria Constituição Federal de 1988 traz vários preceitos que seguem a linha de intervenção impulsionadora, como o seu art. 186, que traça caracteres para o correto preenchimento da função social da propriedade.

Pela literalidade desse comando do Texto Maior, os requisitos servem para a propriedade rural ou agrária. Todavia, reafirme-se que não há qualquer impedimento para que incidam à propriedade urbana, até porque o art. 182 da CF/1988, ao tratar da função social da propriedade urbana, não traz critérios tão claros e definidos. Os parâmetros são os seguintes:

a) Aproveitamento racional e adequado da propriedade.
b) Utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente.
c) Observância das disposições que regulam as relações de trabalho.
d) Exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Voltando à codificação privada, a norma geral civil brasileira foi além de tratar da função social, pois ainda consagra a *função socioambiental da propriedade*. Há tanto uma preocupação com o ambiente natural (fauna, flora, equilíbrio ecológico, belezas naturais, ar e águas), como com o ambiente cultural (patrimônio cultural e artístico). Exemplificando, o proprietário de uma fazenda, no

exercício do domínio, deve ter cuidado para não queimar uma floresta e também para não destruir um sítio arqueológico. Ainda ilustrando, o proprietário de um imóvel em Ouro Preto, Minas Gerais, deve ter a devida diligência para não causar danos a um prédio vizinho que seja tombado, sobre o qual há interesse de toda a humanidade.

O art. 1.228, § 1.º, do CC, acabou por especializar na lei civil o que consta do art. 225 da Constituição Federal, dispositivo este que protege o meio ambiente como um bem difuso e que visa à sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações. Esse é o conceito de *Bem Ambiental*, que assegura a proteção de *direitos transgeracionais* ou *intergeracionais*, particularmente para os fins de responsabilidade civil, tratada na Lei 6.938/1981.

Como concreto exemplo de aplicação da função socioambiental da propriedade, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que o novo proprietário de um imóvel é obrigado a fazer sua recuperação ambiental, mesmo não sendo o causador dos danos. Os julgados trazem uma interessante interação entre a proteção ambiental da propriedade e a responsabilidade objetiva que decorre em casos tais. Vejamos dois desses acórdãos, com destaque:

> "Ação civil pública. Danos ambientais. Responsabilidade do adquirente. Terras rurais. Recomposição. Matas. Recurso especial. Incidência da Súmulas 7/STJ e 283/STF. I – Tendo o Tribunal *a quo*, para afastar a necessidade de regulamentação da Lei 7.803/1989, utilizado como alicerce a superveniência das Leis n. 7.857/1989 e n. 9.985/2000, bem assim o contido no art. 225 da Constituição Federal, e não tendo o recorrente enfrentado tais fundamentos, tem-se impositiva a aplicação da Súmula 283/STF. II – Para analisar a tese do recorrente no sentido de que a área tida como degradada era em verdade coberta por culturas agrícolas, seria necessário o reexame do conjunto probatório que serviu de supedâneo para que o Tribunal *a quo* erigisse convicção de que foi desmatada área ciliar. III – O adquirente do imóvel tem responsabilidade sobre o desmatamento, mesmo que o dano ambiental tenha sido provocado pelo antigo proprietário. Precedentes: REsp nº 745.363/PR, Rel. Min. Luiz Fux, *DJ* de 18.10.2007, REsp nº 926.750/MG, Rel. Min. Castro Meira, *DJ* de 04.10.2007 e REsp nº 195.274/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJ* de 20.06.2005. IV – Agravo regimental improvido" (STJ, AgRg no REsp 471.864/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, j. 18.11.2008, *DJe* 01.12.2008).

> "Administrativo e Processual Civil. Reserva florestal. Novo proprietário. Responsabilidade objetiva. 1. A responsabilidade por eventual dano ambiental ocorrido em reserva florestal legal é objetiva, devendo o proprietário das terras onde se situa tal faixa territorial, ao tempo em que conclamado para cumprir obrigação de reparação ambiental e restauração da cobertura vegetal, responder por ela. 2. A reserva legal que compõe parte de terras de domínio privado constitui verdadeira restrição do direito de propriedade. Assim, a aquisição da propriedade rural sem a delimitação da reserva legal não exime o novo adquirente da obrigação de recompor tal reserva. 3. Recurso especial conhecido e improvido" (STJ, REsp 263.383/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, j. 16.06.2005, *DJ* 22.08.2005, p. 187).

Insta verificar que alguns acórdãos mais recentes consideram a obrigação de recuperação ambiental uma obrigação *propter rem* ou ambulatória, que segue a coisa onde quer que ela esteja (STJ, REsp 1109778/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 10.11.2009, *DJe* 04.05.2011 e STJ, REsp 1090968/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, j. 15.06.2010, *DJe* 03.08.2010). A construção é bem interessante, pois traz um novo dimensionamento de um conceito

clássico do Direito Civil. Cumpre anotar que a ideia consta do art. 2.º, § 2.º, do Novo Código Florestal, *in verbis*: “As obrigações previstas nesta Lei têm natureza real e são transmitidas ao sucessor, de qualquer natureza, no caso de transferência de domínio ou posse do imóvel rural” (Lei 12.651/2012).

Sobre a função social da propriedade, o julgado brasileiro que merece maiores destaques é o *caso da Favela Pullman*, do mesmo modo pronunciado pelo STJ, em que a citada *intervenção impulsionadora* da função social ficou clara.

A favela Pullman localiza-se na zona sul da cidade de São Paulo, e nela vivem milhares de famílias. A favela tem origem em um antigo loteamento, de 1955, que não teve o devido destino, por muitos anos, por parte dos seus proprietários, sendo invadida e ocupada paulatinamente.

Após anos e a plena ocupação da área e a favelização, os proprietários de alguns terrenos ocupados ingressaram com ação reivindicatória, que foi julgada procedente em primeira instância. Consta dos autos que tais proprietários adquiriram a área entre 1978 e 1979 e que a ação reivindicatória foi proposta em 1985. A sentença repeliu a alegação de usucapião dos ocupantes e condenou os réus à desocupação da área, sem qualquer direito de retenção por benfeitorias e devendo pagar indenização pela ocupação desde o ajuizamento da demanda.

Os ocupantes apelaram então ao Tribunal de Justiça de São Paulo, pretendendo caracterizar a existência da usucapião especial urbana, pois incontestavelmente todos já viviam no local há mais de cinco anos, e ocupavam áreas inferiores a 250 m^2, não possuindo qualquer um deles outra propriedade imóvel. Alegaram, portanto, a aplicação do instituto previsto no art. 1.240 do CC/2002 e que constava do art. 183 da CF/1988, a *usucapião especial ou constitucional urbana*.

Ainda em sede de recurso, os ocupantes, subsidiariamente, pretenderam o reconhecimento da boa-fé e, consequentemente, do direito de retenção por benfeitorias. O TJSP deu provimento à apelação dos réus, para julgar improcedente a ação, invertidos os ônus sucumbenciais. Essa decisão revolucionária teve como relator o Desembargador José Osório de Azevedo Júnior. Destaque-se o seguinte trecho da decisão, com correto preenchimento da função social da propriedade:

> “O atual direito positivo brasileiro não comporta o pretendido alcance do poder de reivindicar atribuído ao proprietário pelo art. 524 do CC. A leitura de todos os textos do CC só pode se fazer à luz dos preceitos constitucionais vigentes. Não se concebe um direito de propriedade que tenha vida em confronto com a Constituição Federal, ou que se desenvolva paralelamente a ela. As regras legais, como se sabe, se arrumam de forma piramidal. Ao mesmo tempo em que manteve a propriedade privada, a CF/1988 a submeteu ao princípio da função social (arts. 5.º, XXII e XXIII; 170, II e III; 182, § 2.º; 184; 186 etc.). Esse princípio não significa apenas uma limitação a mais ao direito de propriedade, como, por exemplo, as restrições administrativas, que atuam por força externa àquele direito, em decorrência do poder de polícia da Administração. O princípio da função social atua no conteúdo do direito. Entre os poderes inerentes ao domínio, previstos no art. 524 do CC (usar, fruir, dispor e reivindicar), o princípio da função social introduz um outro interesse (social) que pode não coincidir com os interesses do proprietário. Veja-se, a esse propósito, José Afonso da Silva, *Direito constitucional positivo*, 5. ed., p. 249-250, com apoio em autores europeus. Assim, o referido princípio torna o direito de propriedade, de certa forma, conflitivo consigo próprio, cabendo ao Judiciário dar-lhe a

necessária e serena eficácia nos litígios graves que lhe são submetidos. (...). 10 – No caso dos autos, o direito de propriedade foi exercitado, pelos autores e por seus antecessores, de forma antissocial. O loteamento – pelo menos no que diz respeito aos nove lotes reivindicados e suas imediações – ficou praticamente abandonado por mais de 20 (vinte) anos; não foram implantados equipamentos urbanos; em 1973, havia árvores até nas ruas; quando da aquisição dos lotes, em 1978/9, a favela já estava consolidada. Em cidade de franca expansão populacional, com problemas gravíssimos de habitação, não se pode prestigiar tal comportamento de proprietários".

Após essa excelente decisão, os autores da ação interpuseram recurso especial perante o STJ. Alegaram que a ação reivindicatória foi promovida com base no art. 524 do CC/1916, postulando o reconhecimento de seu direito de propriedade sobre vários lotes de terreno, requerendo fosse deferida, sobre eles, a sua posse. Sustentavam que os lotes foram invadidos pelos réus, ali construindo benfeitorias consistentes em barracos; alguns dos réus se defenderam alegando prescrição aquisitiva, por se acharem na área há mais de vinte e cinco anos e outros alegaram posse mansa e pacífica há mais de quinze; ainda outros afirmaram estar no local há oito anos, imaginando que o terreno era da municipalidade. Quanto ao mérito, sustentaram os recorrentes que foi negada vigência ao art. 524 do CC anterior, o qual assegurava aos titulares do domínio o pleno exercício das faculdades a eles inerentes, acentuando que a decisão do Tribunal de São Paulo importava em verdadeira expropriação de bens particulares.

Do ponto de vista processual, os recorrentes alegaram que o acórdão seria nulo, por violação ao art. 2.º do CPC, que consagra o *princípio processual da inércia da jurisdição*, porque, embora negando a reivindicatória dos autores e a defesa dos réus sobre a prescrição aquisitiva, o acórdão deu provimento à apelação destes por fundamentos diversos, quais sejam o perecimento do direito de propriedade e a prevalência da função social da terra, temas não suscitados nos autos. Salientaram, em reforço, que houve contrariedade ao art. 460 do CPC, pois foi proferida decisão diversa da postulada ("É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado. Parágrafo único. A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional"). Além disso, alegaram os recorrentes que foram infringidos os arts. 502, 512 e 515 do CPC, pois o Tribunal paulista apreciou matéria não devolvida ao seu conhecimento.

O STJ, em julgamento proferido no ano de 2005, confirmou a decisão do TJSP, extraindo-se a seguinte ementa:

"Ação reivindicatória. Terrenos de loteamento situados em área favelizada. Perecimento do direito de propriedade. Abandono. CC, arts. 524, 589, 77 e 78. Matéria de fato. Reexame. Impossibilidade. Súmula 7-STJ. I. O direito de propriedade assegurado no art. 524 do CC anterior não é absoluto, ocorrendo a sua perda em face do abandono de terrenos de loteamento que não chegou a ser concretamente implantado, e que foi paulatinamente favelizado ao longo do tempo, com a desfiguração das frações e arruamento originariamente previstos, consolidada, no local, uma nova realidade social e urbanística, consubstanciando a hipótese prevista nos arts. 589 c/c os arts. 77 e 78, da mesma lei substantiva. II. 'A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial' – Súmula 7-STJ. III. Recurso especial não conhecido" (REsp 75.659/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Recorrente: Aldo Bartholomeu e outros, Recorrido: Odair Pires de Paula e outros, data da decisão 21.06.2005).

O que se percebe do teor do julgamento no STJ é que foram reproduzidos os argumentos do Desembargador José Osório, ou seja, acabaram prevalecendo as suas lições sobre o conceito e o conteúdo da propriedade e a legitimidade para a ação reivindicatória. Acrescentou-se a tese de existência de abandono, prevista no art. 589, III, do CC/1916, como forma de perda da propriedade imóvel. Foram os seus argumentos:

> "De efeito, consta que o loteamento, de 1955, jamais chegou a ser efetivado. Dez anos depois era um completo matagal, sem qualquer equipamento urbano, portanto inteiramente indefinidos no plano concreto, os lotes dos autores. Iniciou-se, pouco tempo após, a ocupação e favelização do local, solidificada ao longo do tempo, montada uma outra estrutura urbana indiferente ao plano original, como sói acontecer com a ocupação indisciplinada do solo por invasões, obtendo, inclusive, a chancela do Poder Público, que lá instalou luz, água, calçamento e demais infraestruturas. Aliás, chama a atenção a circunstância de que até uma das ruas também fora desfigurada, jamais teve papel de via pública (cf. fl. 503). Assim, quando do ajuizamento da ação reivindicatória, impossível reconhecer, realmente, que os lotes ainda existiam em sua configuração original, resultado do abandono, aliás desde a criação do loteamento. Nesse prisma, perdida a identidade do bem, o seu valor econômico, a sua confusão com outro fracionamento imposto pela favelização, a impossibilidade de sua reinstalação como bem jurídico no contexto atual, tem-se, indubitavelmente, que o caso é, mesmo, de perecimento do direito de propriedade. É certo que o art. 589, § 2.º, prevê a 'arrecadação do bem vago, mas esse procedimento formal cede à realidade fática. Na prática, e o que interessa ao deslinde da questão, importa verificar se desapareceu ou não e, na espécie, a resposta é afirmativa, no que tange à propriedade dos autores-recorrentes'".

A decisão é revolucionária por introduzir a função social no próprio conceito de propriedade. Concluiu-se que quem não cumpre com essa função social não tem o domínio, não havendo sequer legitimidade ativa para a ação reivindicatória. A função social ganha um sentido positivo, pois deve ser dada uma utilidade coletiva à coisa.

Superado esse ponto, o art. 1.228, § 2.º, do CC enuncia que "são defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem". Trata-se da vedação do exercício irregular do direito de propriedade, do abuso de propriedade ou do *ato emulativo civil* (*aemulatio*). O comando legal também acaba por limitar o exercício da propriedade, que não pode ser abusivo.

No que tange ao conteúdo do dispositivo, deve ser feita uma ressalva, pois a norma, em sua literalidade, apenas menciona o ato abusivo quando o proprietário emulador não obtiver vantagens ou utilidades. Deve-se entender que também pode estar configurado o ato emulativo se o proprietário tiver vantagens com o prejuízo alheio, mesmo que haja mera satisfação pessoal. Para exemplificar, o proprietário de um apartamento, todas as noites, faz festas em sua unidade, o que causa excesso de barulho, prejudicando os vizinhos. Não interessa se esse proprietário cobra ou não pelas festas, pois o *ato emulativo* pode sim estar configurado em ambos os casos.

Frise-se que existe uma aparente contradição entre o art. 187 do CC e o último dispositivo citado. Isso porque o art. 1.228, § 2.º, do CC faz referência ao *dolo* para a configuração do abuso de

direito de propriedade, ao mencionar a intenção de prejudicar outrem. Por outro lado, o art. 187 do CC, dispositivo que traça as linhas gerais do abuso de direito, não faz referência ao dolo ou mesmo à culpa ("Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes").

Sendo assim, em uma leitura literal, o art. 1.228, § 2.º, do CC estaria a exigir o dolo para a caracterização do ato emulativo no exercício da propriedade, o que conduziria à responsabilidade subjetiva. Por outra via, segundo o entendimento majoritário da doutrina, o art. 187 do CC consolida a responsabilidade objetiva (sem culpa), no caso de abuso de direito (nesse sentido o Enunciado n. 37 do CJF/STJ). Sanando essa contradição, na *I Jornada de Direito Civil*, aprovou-se o Enunciado doutrinário n. 49, pelo qual "a regra do art. 1.228, § 2.º, do novo Código Civil interpreta-se restritivamente, em harmonia com o princípio da função social da propriedade e com o disposto no art. 187". Portanto, deve prevalecer a regra do art. 187 do CC que serve como leme orientador para os efeitos jurídicos do ato emulativo, sendo a responsabilidade decorrente de natureza objetiva.

Do mesmo modo, restringindo o exercício da propriedade, o § 3.º do art. 1.228 do CC trata da *desapropriação por necessidade ou utilidade pública* e da *desapropriação por interesse social*; e também do *ato de requisição, em caso de perigo público iminente* ("O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente"). A matéria relativa à desapropriação continua mais interessando ao Direito Administrativo do que ao Direito Privado, o que faz que o dispositivo seja tido como um "*estranho no ninho*" – está no local errado, disciplinando instituto de natureza distinta.

Seguindo no estudo das regras preliminares relativas ao domínio, expressa o art. 1.229 do CC que "A propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, em altura e profundidade úteis ao seu exercício, não podendo o proprietário opor-se a atividades que sejam realizadas, por terceiros, a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las". Simbolicamente, pelo que consta do dispositivo, a propriedade *vai do céu ao inferno*, o que remonta ao Direito Romano, denominado como *extensão vertical da propriedade*.[53] Todavia, o proprietário deve suportar ingerência externa ao domínio, caso das passagens de água e de cabos que interessam ao bem comum. Em suma, a máxima *usque ad inferos, usque ad sidera* não é absoluta, o que é bem observado pela doutrina.[54]

Uma dessas ingerências resta clara pela leitura do art. 1.230 do CC, pelo qual a propriedade do solo não abrange as jazidas, minas e demais recursos minerais, os potenciais de energia hidráulica, os monumentos arqueológicos e outros bens referidos por leis especiais. O interesse social justifica o art. 176 da CF/1988, pelo qual as jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do

produto da lavra.

De acordo com o parágrafo único do art. 1.230 do CC, o proprietário do solo tem o direito de explorar os recursos minerais de emprego imediato na construção civil, desde que não submetidos à transformação industrial, obedecido o disposto em lei especial. Ilustrando, o proprietário de um imóvel pode vender a areia que está em sua propriedade, para que ela seja empregada na construção civil. De qualquer forma, essa extração de areia não pode causar danos ambientais ou ecológicos, devendo ser respeitados os parâmetros que constam da legislação ambiental e do art. 1.228, § 1.º, do CC.

Seguindo na análise das disposições preliminares que constam da codificação, repise-se que o art. 1.231 do CC que a propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário. Por fim, dispõe o art. 1.232 que os frutos e produtos da coisa pertencem, ainda quando separados, ao seu proprietário, salvo se, por preceito jurídico especial, couberem a outrem. Pelo alcance da norma, o proprietário, em regra, tem direito aos acessórios da coisa, caso dos frutos (bens acessórios que saem do principal sem diminuir a sua quantidade) e dos produtos (bens acessórios que saem do principal diminuindo a sua quantidade). Ressalve-se que essa regra, consagradora do *princípio da gravitação jurídica*, comporta exceções, sendo possível que as partes envolvidas no negócio ou mesmo a lei a afaste.

7.4.4 A desapropriação judicial privada por posse-trabalho (art. 1.228, §§ 4.º e 5.º, do CC/2002)

O CC/2002 introduziu, nos §§ 4.º e 5.º do seu art. 1.228, instituto inédito e bastante comentado. Vejamos a redação dos comandos em destaque:

> "Art. 1.228. (...).
>
> § 4.º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.
>
> § 5.º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores".

A categoria constitui outra importante restrição ao direito de propriedade, trazendo como conteúdo a função social da posse e do domínio. Os dispositivos e o instituto, além de não encontrarem correspondentes na codificação anterior, também não estão previstos em qualquer outra codificação do Direito Comparado. Constitui, assim, uma criação brasileira. Como esclarece o próprio Miguel Reale, na Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código Civil de 2002, "trata-se, como se vê, de inovação do mais alto alcance, inspirada no sentido social do direito de propriedade,

implicando não só novo conceito desta, mas também novo conceito de posse, que se poderia qualificar como sendo de posse-trabalho, expressão pela primeira vez por mim empregada, em 1943, em parecer sobre projeto de decreto-lei relativo às terras devolutas do Estado de São Paulo, quando membro do seu Conselho Consultivo".

As palavras de Reale justificam a terminologia *desapropriação judicial privada por posse-trabalho*, que deve ser considerada a melhor a ser empregada, pois de uso pelo criador do instituto.

Não há dúvidas de que o instituto aqui estudado constitui uma modalidade de desapropriação e não de usucapião, como pretende parte da doutrina.[55] Isso porque o § 5.º do art. 1.228 do CC consagra o pagamento de uma *justa indenização*, não admitindo o nosso sistema jurídico a usucapião onerosa. A propósito de distinção, Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado elencam quatro diferenças fundamentais entre essa forma de desapropriação e a usucapião coletiva urbana, prevista no art. 10 do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), a saber:

1.ª) Na usucapião coletiva urbana, os ocupantes devem ser de baixa renda; na desapropriação judicial privada, não há essa necessidade.

2.ª) Na usucapião coletiva urbana, a área deve ter, no mínimo, 250 m², exigência que não está presente na desapropriação judicia privada, bastando uma "extensa área".

3.ª) A usucapião coletiva somente se aplica aos imóveis urbanos, enquanto a desapropriação judicial privada pode ser aplicada ao imóveis urbanos ou rurais.

4.ª) Na usucapião, não há direito à indenização, ao contrário da desapropriação judicial privada.[56]

A forma de desapropriação que ora se estuda é privada, pois concretizada no interesse direto e particular daquelas pessoas que, em número considerável, ocuparam extensa área. Está fundada em uma posse qualificada, a *posse-trabalho*, conceituada por Maria Helena Diniz como sendo a posse sem interrupção e de boa-fé, por mais de cinco anos, "traduzida em trabalho criador, feito em conjunto ou separadamente, quer se concretize na realização de um serviço ou construção de uma morada, quer se manifeste em investimentos de caráter produtivo ou cultural. Essa posse qualificada é enriquecida pelo valor laborativo de um número considerável de pessoas (quantidade apurada com base na extensão da área produtiva), pela realização de obras, loteamentos, ou serviços produtivos e pela construção de uma residência, de prédio destinado ao ensino ou ao lazer, ou, até mesmo, de uma empresa".[57]

Seguindo a linha filosófica da atual codificação civil, pode-se dizer que a *posse-trabalho* constitui uma cláusula geral, um conceito aberto e indeterminado a ser preenchido caso a caso. Representa tal conceito a efetivação da função social da posse, pelo desempenho de uma atividade positiva no imóvel, dentro da ideia de *intervenção impulsionadora*, antes exposta.

Além desse, o § 4.º do art. 1.228 do CC traz outros conceitos que são legais e indeterminados e que devem ser analisados de acordo com a situação concreta (expressões "extensa área",

“considerável número de pessoas”, “boa-fé”, e “interesse social e econômico relevante”). Diante da previsão dessas expressões, o instituto demanda da comunidade jurídica e do aplicador do direito um estudo aprofundado para a tentativa do seu preenchimento.

Tentando facilitar a compreensão do novo instituto, nas *Jornadas de Direito Civil* foram aprovados vários enunciados doutrinários, com conteúdo bem interessante, que constituem roteiro seguro e eficiente para o estudo da categoria. Vejamos, de forma pontual:

– O Enunciado n. 82 do CJF/STJ, da *I Jornada de Direito Civil*, prevê que “É constitucional a modalidade aquisitiva de propriedade imóvel prevista nos §§ 4.º e 5.º do art. 1.228 do novo Código Civil”. O enunciado, à época, tinha interessante relevância prática, pois alguns doutrinadores defendiam, e ainda defendem, que a desapropriação judicial privada é inconstitucional, por incentivar a invasão de terras.[58] Não se filia ao entendimento da inconstitucionalidade, mas muito ao contrário, eis que o instituto tende a dar uma função social à propriedade em situações nas quais a posse já não vem atendendo a essa finalidade de interesse da coletividade.

– Na mesma *I Jornada* (2002), aprovou-se o Enunciado n. 83, pelo qual “nas ações reivindicatórias propostas pelo Poder Públic não são aplicáveis as disposições constantes dos §§ 4.º e 5.º do art. 1.228 do novo Código Civil”. Em suma, o entendimento doutrinário é que desapropriação judicial privada não se aplica aos imóveis públicos, uma vez que tais bens não são usucapíveis, por força constitucional (arts. 183, § 3.º e 191, parágrafo único, da CF/1988). Porém, fazendo uma ressalva, na *IV Jornada de Direito Civil* (2006), a comissão de Direito das Coisas editou o Enunciado n. 304, prescrevendo que “são aplicáveis as disposições dos §§ 4.º e 5.º do art. 1.228 do CC às ações reivindicatórias relativas a bens públicos dominicais, mantido, parcialmente, o Enunciado n. 83 da *I Jornada de Direito Civil*, no que concerne às demais classificações dos bens públicos”. Em suma, passou-se a admitir a aplicação do instituto aos bens públicos dominicais, aqueles que constituem patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades (art. 99, inc. III, do CC, *v.g.*, os terrenos de marinha, as terras devolutas, as estradas de ferro, as ilhas formadas em rios navegáveis, os sítios arqueológicos, as jazidas de minerais com interesse público e o mar territorial). O último enunciado doutrinário está baseado na tese que defende a possibilidade de usucapião desses bens dominicais.[59] Destaque-se que esse último entendimento, apesar de bem plausível, é o minoritário.

– Ainda da *I Jornada de Direito Civil*, dispõe o importante Enunciado n. 84 que “A defesa fundada no direito de aquisição com base no interesse social (art. 1.228, §§ 4.º e 5.º, do novo Código Civil) deve ser arguida pelos réus da ação reivindicatória, eles próprios responsáveis pelo pagamento da indenização”. De imediato, percebe-se que a desapropriação judicial privada é matéria de exceção, a ser alegada pelos réus da ação reivindicatória proposta pelo proprietário do imóvel. Ademais, em relação à indenização, o entendimento constante do enunciado acabou sendo o majoritário nos primeiros anos de vigência do CC/2002. Entretanto, na *IV Jornada de Direito Civil*, aprovou-se outro enunciado, que traz a alternativa de pagamento de indenização pelo Estado, e que teve como um dos seus proponentes Lucas Abreu Barroso.[60] Vejamos a redação do Enunciado n. 308 do CJF/STJ, que conta com o pleno apoio deste autor: “A justa indenização devida ao proprietário em caso de desapropriação judicial (art. 1.228, § 5.°) somente deverá ser suportada pela Administração Pública no contexto das políticas públicas de reforma urbana ou agrária, em se tratando de possuidores de baixa renda e desde que tenha havido intervenção daquela nos termos da lei processual. Não sendo os possuidores de baixa renda, aplica-se a orientação do Enunciado n. 84 da *I Jornada de Direito Civil*”. Ora, o último entendimento doutrinário visa dar efetividade prática ao instituto da desapropriação privada, pois dificilmente os possuidores terão condições financeiras de arcar com a indenização. Em reforço, acaba por valorizar a função social da posse.

– Da *III Jornada de Direito Civil* (2004), o Enunciado n. 240 do CJF/STJ aduz que “A justa indenização a que alude o § 5.º do art. 1.228 não tem como critério valorativo, necessariamente, a avaliação técnica lastreada no mercado imobiliário, sendo indevidos os juros compensatórios”. O seu objetivo é afastar a incidência do art. 14 do Decreto-lei 3.365/1941, dispositivo aplicável à desapropriação tradicional, pelo qual o juiz deve nomear um perito de sua escolha para proceder à avaliação dos bens. Em reforço, declina o pagamento de juros compensatórios, como é comum na desapropriação tradicional, desassociando

a desapropriação judicial privada das outras modalidades de desapropriação.

- O segundo enunciado aprovado na *III Jornada*, de número 241, prevê que "O registro da sentença em ação reivindicatória, qu opera a transferência da propriedade para o nome dos possuidores, com fundamento no interesse social (art. 1.228, § 5.º), é condicionada ao pagamento da respectiva indenização, cujo prazo será fixado pelo juiz". Em suma, até a sentença da ação reivindicatória o domínio ainda pertence ao autor da ação, apenas ocorrendo a transferência com a sentença de improcedência da ação proposta e o respectivo pagamento da indenização.
- Nos termos do Enunciado n. 305 do CJF/STJ, da *IV Jornada de Direito Civil*, "tendo em vista as disposições dos §§ 3.º e 4.º do art. 1.228 do CC, o Ministério Público tem o poder-dever de atuação nas hipóteses de desapropriação, inclusive a indireta, que envolvam relevante interesse público, determinado pela natureza dos bens jurídicos envolvidos". Em havendo desapropriação privada de um imóvel que interessa à coletividade, caso dos bens públicos dominicais, o MP tem o dever de atuação, o que confirma a redação do art. 82, inc. III, do CPC ("Compete ao Ministério Público intervir: (...). III – nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte").
- Prevê o Enunciado n. 306 do CJF/STJ, como dedução simples retirada do estudo da categoria, que a aplicação da desapropriação judicial privada, alegada como matéria de defesa pelos possuidores, enseja a improcedência do pedido reivindicatório.
- Levando-se em conta a proteção constitucional do meio ambiente, constante do art. 225 da CF/1988, é a redação do Enunciado n. 307 do CJF/STJ: "na desapropriação judicial (art. 1.228, § 4.º), poderá o juiz determinar a intervenção dos órgãos públicos competentes para o licenciamento ambiental e urbanístico".
- Em relação ao conceito de posse de boa-fé, constante no § 4.º do art. 1.228, de acordo com o Enunciado n. 309, este não é o mesmo de que trata o art. 1.201 do CC. Por tal conteúdo, a boa-fé da posse dos ocupantes na desapropriação privada não é a boa-fé subjetiva, aquela que existe no plano intencional; mas a boa-fé objetiva, relacionada às condutas dos envolvidos. A partir desse entendimento, pode-se pensar que invasores do imóvel têm a seu favor a aplicação do instituto da desapropriação privada, o que não seria possível caso a boa-fé a ser considerada fosse a subjetiva. Em casos assim, devem ser confrontadas as posses dos envolvidos, prevalecendo a *melhor posse*, aquela que atenda à função social. Foi justamente o que ocorreu no outrora comentado *caso da Favela Pullman*.
- De acordo com o Enunciado n. 310, também da *IV Jornada*, "Interpreta-se extensivamente a expressão 'imóvel reivindicado' (art. 1.228, § 4.º), abrangendo pretensões tanto no juízo petitório quanto no possessório". O enunciado é perfeito, uma vez que estende a aplicação do instituto para os casos de ação de reintegração de posse proposta pelo proprietário, visando também a sua efetividade prática. O que se percebe é que não houve a absoluta e total separação dos juízos petitório e possessório, como propõe o já comentado Enunciado n. 79 do CJF/STJ.
- Nos termos do Enunciado n. 311 do CJF/STJ, "caso não seja pago o preço fixado para a desapropriação judicial, e ultrapassad o prazo prescricional para se exigir o crédito correspondente, estará autorizada a expedição de mandado para registro da propriedade em favor dos possuidores". O entendimento doutrinário tende a proteger os possuidores, pois permanecendo inerte o proprietário na cobrança do valor da dívida, poderá ocorrer a consolidação do domínio a favor dos primeiros. Deve-se deduzir que o enunciado não tem aplicação nos casos de o pagamento estar a cargo da administração pública.
- Por fim, na *V Jornada de Direito Civil*, do ano de 2011, foi aprovado enunciado que amplia a construção, possibilitando que o instituto da desapropriação privada seja alegado em petição, inicial, ou seja, em ação autônoma (Enunciado n. 496). Assim, pela nova interpretação doutrinária que se tem feito, não é cabível apenas alegar a categoria como matéria de defesa, o que representa notável avanço a respeito do instituto.

Em conclusão, os enunciados doutrinários expostos tentam resolver uma série de situações práticas que devem ser encaradas pela jurisprudência para a aplicação do novo instituto. Por certo é que já há alegações e debates da *desapropriação judicial privada por posse-trabalho* na realidade prática nacional. Em um primeiro julgado, o Tribunal Regional Federal da 4.ª Região entendeu pela não incidência da categoria, pela falta de seus requisitos:

> "Civil. Ação de reintegração de posse de gleba invadida. Preliminares afastadas. Procedência da demanda. Discussão sobre domínio. Irrelevância. Posse inconteste e esbulho comprovado. Desapropriação judicial, indenização por benfeitorias e direito à retenção. Descabimento. 1. Devem ser afastadas as preliminares em hipótese na qual se mostra inexistente o cerceamento de defesa, quando irrelevante à apreciação do apelo a rejeição dos embargos declaratórios, e, ainda, diante do fato de que o Ministério Público Federal reputou regular o processamento do feito, por não ter se ocupado das questões preliminares ao embasar o seu parecer nesta instância. 2. Nas ações possessórias, a discussão acerca do domínio se mostra irrelevante. 3. O fato de a autora ser proprietária dos bens esbulhados em nada altera o deslinde do *jus possessionis*, de vez que sua posse é inconteste, embasada em licença para operação, expedida pelo órgão público competente, e por se ter como comprovado o esbulho. 4. Descabido o pedido de desapropriação judicial, por ausência de suporte fático para a regra do art. 1.228, §§ 4.º e 5.º do CC/02, bem como o pedido de indenização por benfeitorias e de reconhecimento do direito à retenção, porquanto os invasores, por definição, não se reputam possuidores de boa-fé" (TRF da 4.ª Região, Acórdão 2006.72.16.002588-3, Santa Catarina, Quarta Turma, Rel. Des. Fed. Valdemar Capeletti, j. 10.12.2008, *DEJF* 25.02.2009, p. 698).

Do mesmo modo, decisão do Tribunal de Justiça de Rondônia, pela ausência o requisito da boa-fé:

> "Reintegração de posse. Valoração das provas. Atribuição do juiz. Desapropriação pela posse-trabalho. Ausência de boa-fé. Compete ao magistrado apreciar livremente as provas, desde que decida motivadamente. Configurada a suspeição das testemunhas trazidas pela parte requerida, age corretamente o juiz ao atribuir valor relativo aos seus depoimentos, confrontando-os com as demais provas existentes. Havendo circunstâncias nos autos que permitam a presunção de que o possuidor não ignora que ocupa indevidamente o imóvel, mostra-se incabível a desapropriação judicial (CC, art. 1.228, § 4.º)" (TJRO, Apelação 100.001.2006.018386-0, Rel. Des. Kiyochi Mori, *DJERO* 05.06.2009, p. 55).

Aguarda-se ansiosamente a aplicação efetiva do instituto no futuro, concretizando-se a função social da posse e da propriedade.

7.4.5 Da propriedade resolúvel e da propriedade fiduciária

A propriedade resolúvel constitui aquela que pode ser extinta quer pelo advento de condição (evento futuro e incerto) ou pelo termo (evento futuro e certo), quer pela superveniência de uma causa capaz de destruir a relação jurídica.[61] A categoria está inserida no capítulo que trata do Direito das Coisas, nos arts. 1.359 e 1.360 do CC, envolvendo muitas situações contratuais.

De início, cite-se a outrora estudada compra e venda com cláusula de retrovenda, em que o vendedor tem a possibilidade de reaver a coisa no prazo máximo de três anos (arts. 505 a 508 do CC). Até esse prazo, a propriedade do comprador é meramente resolúvel.

Ainda ilustrando, repise-se que há propriedade resolúvel na cláusula especial de venda com reserva de domínio (arts. 521 a 527 do CC). Por esse instituto, na venda de coisa móvel, pode o vendedor reservar para si a propriedade, até que o preço esteja integralmente pago. A transferência de propriedade ao comprador somente ocorrerá no momento em que o preço esteja integralmente pago. Até esse pagamento a propriedade do comprador é resolúvel.

Por fim, quanto às exemplificações, há propriedade resolúvel do donatário na doação com cláusula de reversão. Nos termos do art. 547 do CC, o doador pode estipular que os bens doados voltem ao seu patrimônio, se sobreviver ao donatário. Recebendo o donatário o bem e ocorrendo o seu falecimento, os bens retornarão ao doador que estiver vivo, o que denota a resolubilidade da propriedade do primeiro.

Partindo para as regras específicas do CC/2002, preconiza o art. 1.359 do CC que resolvida a propriedade pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência. Em complemento, o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a possua ou a detenha. Como há relação com a condição e o termo, a propriedade resolúvel envolve questões de *eficácia* e não de validade dos negócios jurídicos correspondentes.

Pelo que enuncia a norma, no caso da doação com cláusula de reversão, o doador poderá reivindicar a coisa de quem a detenha, se o bem tiver sido vendido pelo donatário, ocorrendo o seu pré-falecimento. O que se nota é que a resolução da propriedade traz efeitos retroativos ou *ex tunc*, atingindo todos os atos correlatos. Conforme anota Maria Helena Diniz, "Romper-se-ão ainda, automaticamente, todos os vínculos reais de garantia que se constituíram em sua pendência, devido ao princípio resoluto *iuris dantis resolvitur ius accipientis*".[62]

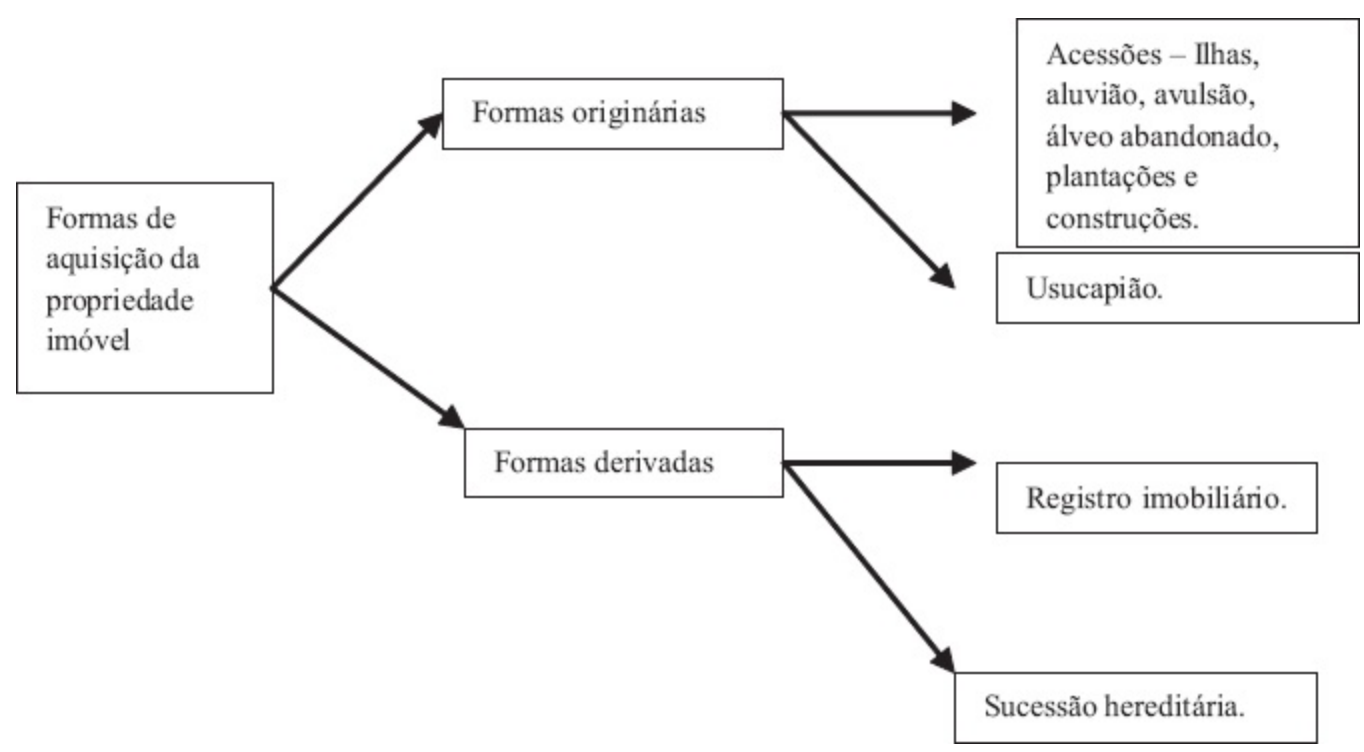
Outrossim, se a propriedade se resolver por outra causa superveniente, o possuidor, que a tiver adquirido por título anterior à sua resolução, será considerado proprietário perfeito, restando à pessoa, em cujo benefício houve a resolução, ação contra aquele cuja propriedade se resolveu para haver a própria coisa ou o seu valor (art. 1.360 do CC). Aqui não há menção à condição e ao termo, mas a um fato novo, superveniente, que também gera a extinção. Os efeitos não são retroativos, mas *ex nunc* (a partir de então, da resolubilidade). Ilustrando essa causa superveniente da resolução da propriedade, destaque-se a ingratidão do donatário, que gera a revogação do contrato (art. 555 do CC). Resumindo as lições expostas, na *V Jornada de Direito Civil* aprovou-se enunciado didático, com a seguinte redação: "A resolução da propriedade, quando determinada por causa originária, prevista no título, opera *ex tunc* e *erga omnes*; se decorrente de causa superveniente, atua *ex nunc* e *inter partes*" (Enunciado n. 509 do CJF/STJ).

Neste ponto, é importante trazer nota importante da doutrina contemporânea. Isso porque há quem entenda que o art. 1.360 do CC não traz modalidade de propriedade resolúvel, mas a propriedade *ad tempus*. Isso porque, "ao contrário da propriedade resolúvel, aqui inexiste cláusula contratual de limitação temporal da eficácia do negócio jurídico. Na propriedade *ad tempus*, a extinção do direito de propriedade decorre de um evento superveniente. Portanto, não se trata exatamente de propriedade resolúvel, porém revogável em razão de um evento futuro".[63] Esse entendimento acaba sendo o minoritário, pois, por opção legislativa, a propriedade é resolúvel diante de um fato que se enquadra no plano da eficácia. Isso ocorre com a condição e com o termo

(art. 1.359 do CC), bem como diante do motivo superveniente mencionado no art. 1.360 do CC.

Superado o tratamento da propriedade resolúvel, o CC/2002 disciplina a propriedade fiduciária (arts. 1.361 a 1.368-A, o último introduzido pela recente Lei 10.931/2004). A razão da proximidade legislativa está no fato de que na propriedade fiduciária há propriedade resolúvel. A atual codificação restringe-se a tratar da propriedade fiduciária de bens móveis, prevendo no seu art. 1.361 que se considera fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor. Há ainda tratamento relativo ao tema no Decreto-lei 911/1969. A Lei 9.514/1997 trata da alienação fiduciária em garantia de bens imóveis, prevendo o seu art. 1.º que "A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel". O tema será aprofundado quando do estudo dos direitos reais de garantia.

7.4.6 Formas de aquisição da propriedade imóvel

Como ocorre na posse e também nos demais direitos, a propriedade admite formas de aquisição originárias e derivadas. Nas formas originárias, há um contato direto da pessoa com a coisa, sem qualquer intermediação pessoal. Nas formas derivadas, há intermediação subjetiva. De início, o esquema a seguir demonstra quais são as formas de aquisição originária e derivada da propriedade imóvel:

Na prática, a distinção entre as formas originárias e derivadas é importante. Isso porque nas formas originárias a pessoa que adquire a propriedade o faz sem que esta tenha as características

anteriores, do anterior proprietário. De forma didática, afirma-se que *a propriedade começa do zero*. É o que ocorre na usucapião, por exemplo. Por outra via, nas formas derivadas, há um sentido de continuidade da propriedade anterior, como ocorre na compra e venda.

Ilustrando, na questão tributária, se a propriedade é adquirida de forma originária, caso da usucapião, o novo proprietário não é responsável pelos tributos que recaiam sobre o imóvel, entendimento adotado pelo STF em histórico julgado, da lavra do então Ministro Djaci Falcão (RE 94.586-6/RS, de 30 de agosto de 1984). O mesmo raciocínio não serve para a aquisição derivada, pois na compra e venda o adquirente é responsável pelos tributos anteriores.

Outra concreção envolve a hipoteca. Se um imóvel gravado por este direito real de garantia for adquirido por usucapião, ela estará extinta, uma vez que a aquisição é originária. O mesmo não pode ser dito quanto à compra e venda, forma de aquisição derivada.

De forma detalhada, parte-se ao estudo das formas de aquisição originária da propriedade imóvel.

7.4.6.1 Das acessões naturais e artificiais

Nos termos do art. 1.248 do CC, as acessões constituem o modo originário de aquisição da propriedade imóvel em virtude do qual passa a pertencer ao proprietário tudo aquilo que foi incorporado de forma natural ou artificial. Como acessões naturais estão previstas a *formação de ilhas*, a *aluvião*, a *avulsão* e o *abandono do álveo*. Como acessões artificiais, decorrentes da intervenção humana, o atual Código disciplina as *plantações* e as *construções*.

a) Da formação de ilhas

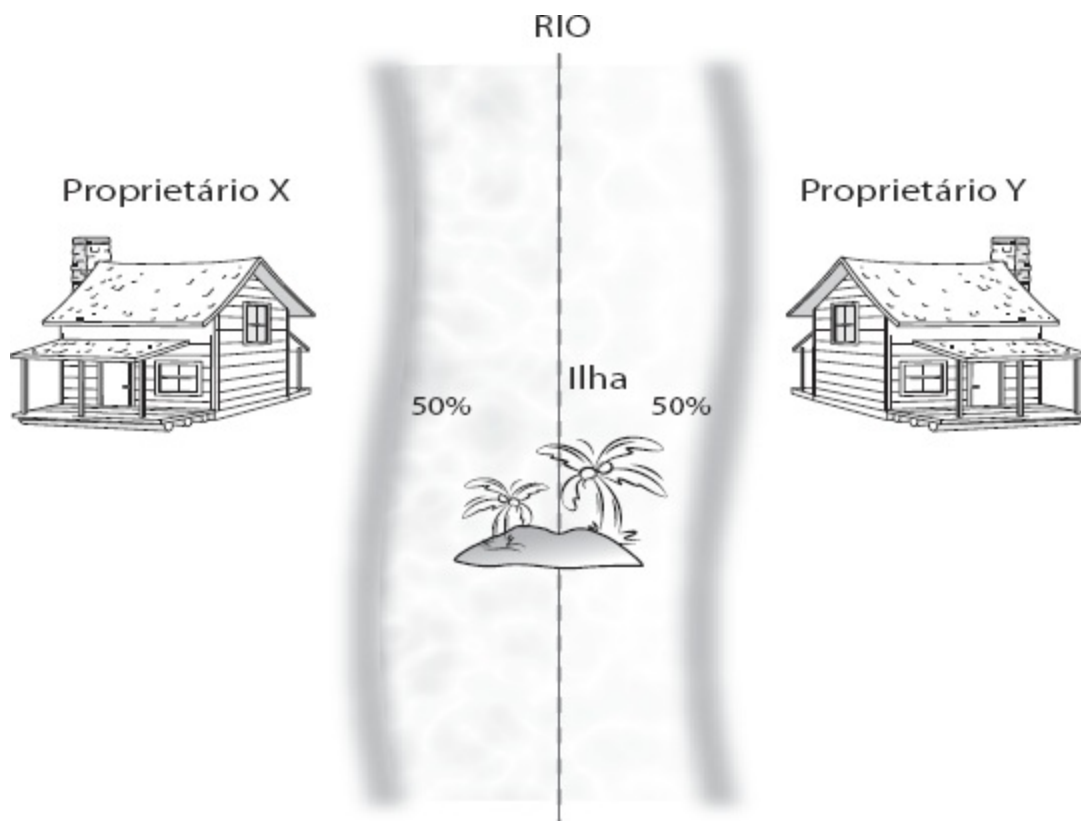
Pelo senso comum e da geografia, a ilha é uma faixa de terra cercada de água por todos os lados. Juridicamente, conforme ensina Maria Helena Diniz, a ilha é um acúmulo paulatino de areia, cascalho e materiais levados pela correnteza, ou de rebaixamento de águas, deixando a descoberto e a seco uma parte do fundo ou do leito.[64] Anote-se que interessam ao Direito Civil somente ilhas formadas em rios não navegáveis ou particulares, por pertencerem ao domínio particular, conforme consta do Código de Águas (Decreto 24.643/1934). As ilhas fluviais e lacustres de zonas de fronteira, ilhas oceânicas ou costeiras pertencem à União, aos Municípios (art. 20, IV, da CF/1988) ou aos Estados Federados (art. 26, II e III, da CF/1988).

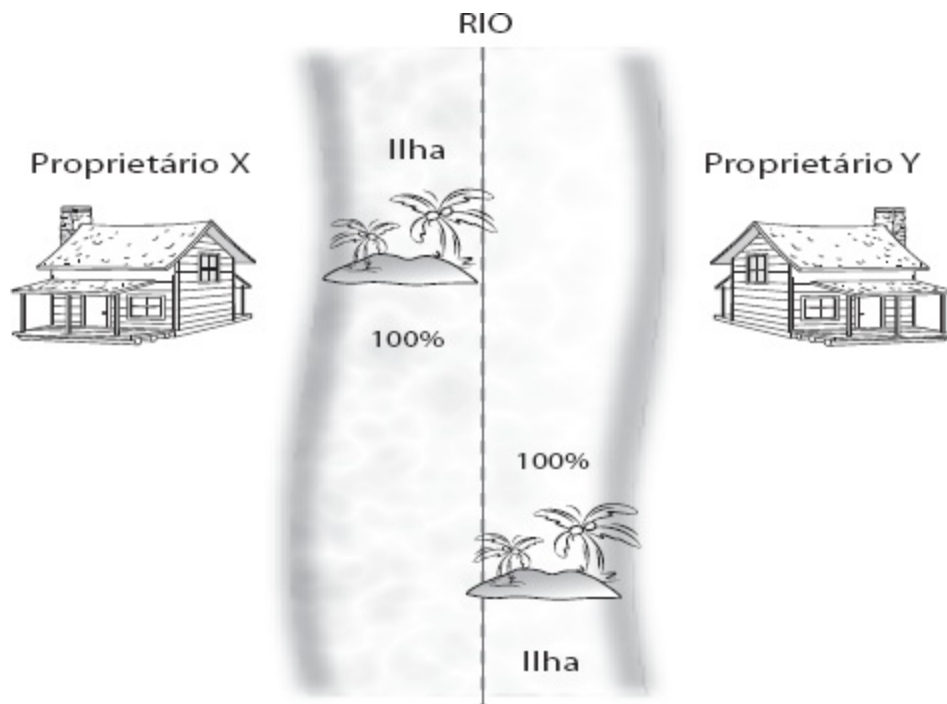
De toda sorte, há quem pense de maneira contrária, sobretudo entre os doutrinadores do Direito Administrativo.[65] Isso porque, para tal corrente, não existiriam mais, sob a égide da CF/1988 e da Lei 9.433/1997, águas particulares e, portanto, rios particulares, o que impossibilitaria a concepção de ilhas particulares. Conforme se extrai da última norma, a água é concebida como um bem do domínio público (art. 1.º, inc. I).

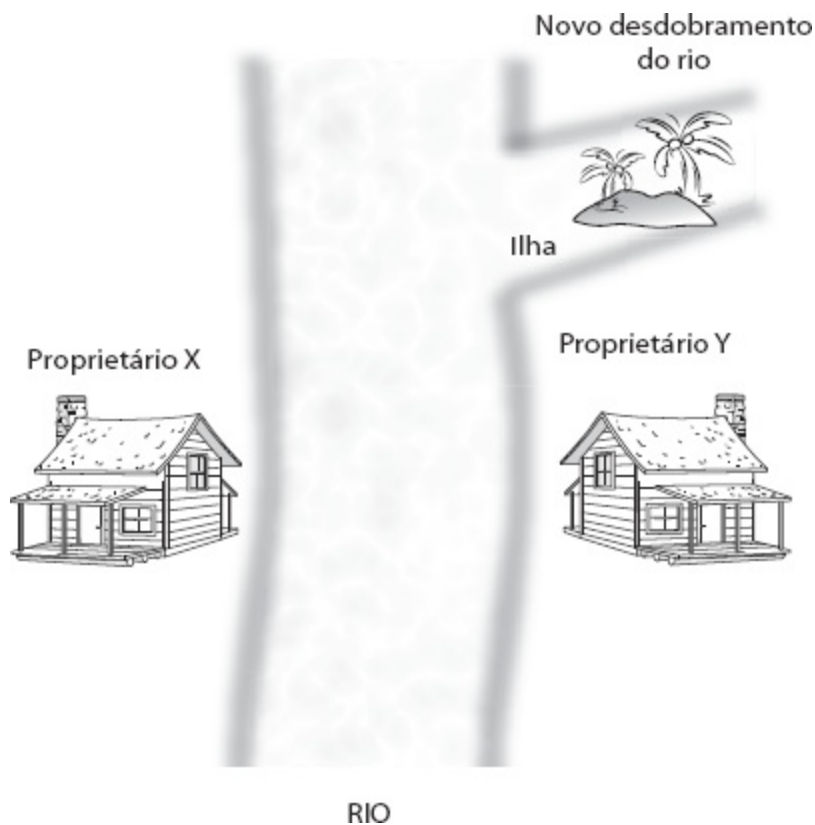
Apesar dessa visão, os civilistas concluem pela permanência da classificação dos rios em navegáveis (públicos) e não navegáveis (privados), merecendo análise as regras previstas na codificação privada a respeito das lhas.[66]

Feito tal esclarecimento, quanto às ilhas que se formaram em correntes comuns ou particulares, estas pertencem aos proprietários ribeirinhos fronteiros, devendo ser observadas as seguintes regras, nos termos do art. 1.249 do CC

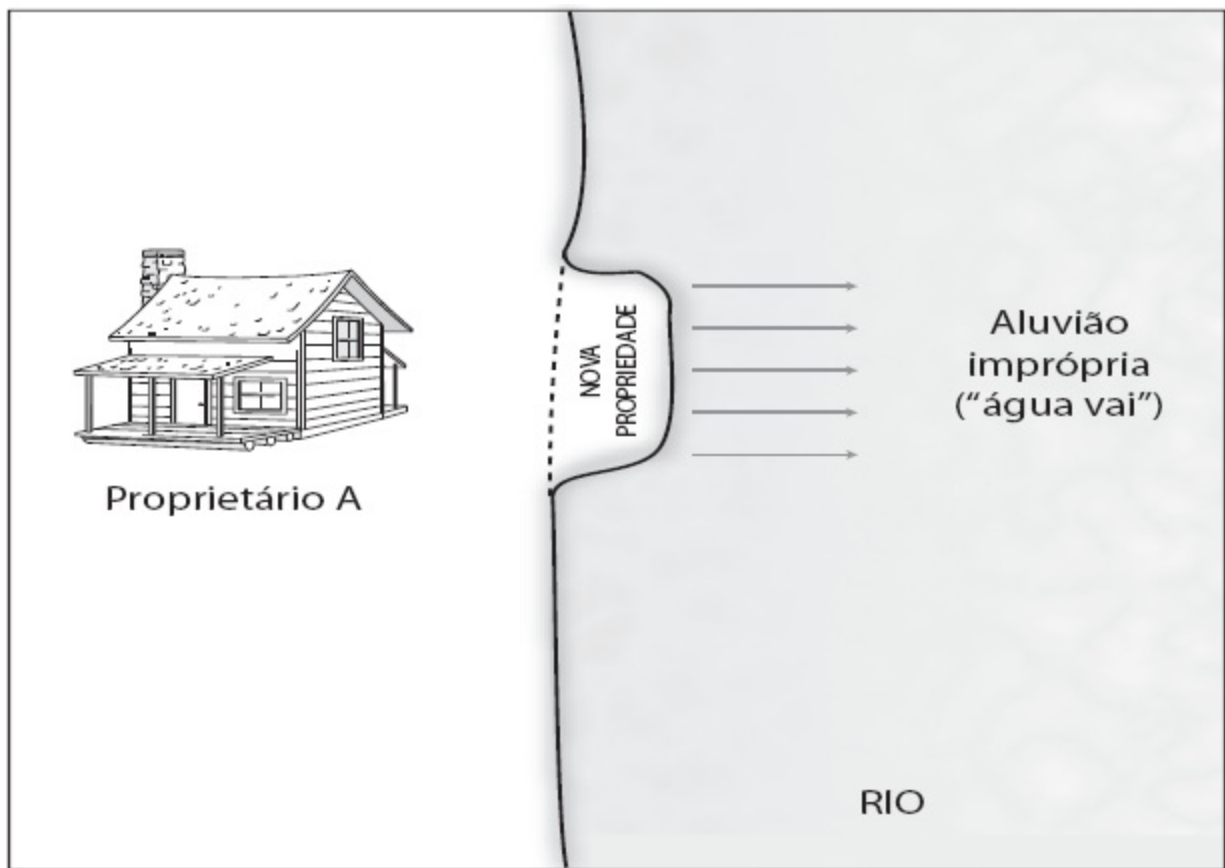
> *1.ª Regra. As ilhas que se formarem no meio do rio consideram-se acréscimos sobrevindos aos terrenos ribeirinhos fronteiros de ambas as margens, na proporção de suas testadas, até a linha que dividir o álveo em duas partes iguais.*
>
> *2.ª Regra. As ilhas que se formarem entre a referida linha e uma das margens consideram-se acréscimos aos terrenos ribeirinhos fronteiros desse mesmo lado.*
>
> *3.ª Regra. As ilhas que se formarem pelo desdobramento de um novo braço do rio continuam a pertencer aos proprietários dos terrenos à custa dos quais se constituírem.*

No tocante à primeira regra, a mais importante de todas, imagine-se o caso em que dois proprietários, a seguir expostos, são donos de duas propriedades ribeirinhas, lindeiras a um rio.

No desenho acima, nota-se que a ilha foi formada bem no meio do rio. Para tal constatação, foi traçado um *meridiano* no meio da formação de água ou álveo. Assim, a propriedade da ilha será metade de *X* e metade de *Y*.

Em continuidade, a segunda regra determina que se a ilha se formar do lado esquerdo do meridiano, será de propriedade de *X*. Se a ilha surgir do lado direito do meridiano, será de *Y:*

Por derradeiro, a ilha pode ser formada diante do desdobramento de um braço de rio, ou seja, diante de um novo curso de água que se abre. Diante da terceira regra, se isso ocorrer, a ilha pertencerá ao proprietário que margeia esse novo desdobramento, ou seja, será daquele que tem a propriedade do terreno à custa do qual o novo braço se constituiu:

b) Da aluvião

Determina o *caput* do art. 1.250 do CC que "Os acréscimos formados, sucessiva e imperceptivelmente, por depósitos e aterros naturais ao longo das margens das correntes, ou pelo desvio das águas destas, pertencem aos donos dos terrenos marginais, sem indenização". Enuncia o seu parágrafo único que "O terreno aluvial, que se formar em frente de prédios de proprietários diferentes, dividir-se-á entre eles, na proporção da testada de cada um sobre a antiga margem". Portanto, duas são as modalidades de aluvião tratadas:

→ *Aluvião própria* – é o acréscimo paulatino de terras às margens de um curso de água, de forma lenta e imperceptível; depósitos naturais ou desvios das águas. Esses acréscimos pertencem aos donos dos terrenos marginais, seguindo a regra de que o acessório segue o principal. Didaticamente, pode-se dizer que na aluvião própria a *terra vem*. Para ilustrar, *A* tem um rancho à beira de um rio, destinado às suas pescarias. Aos poucos a sua propriedade vai aumentando, pois um movimento de águas traz terra para a sua margem:

→ *Aluvião imprópria* – as partes descobertas pelo afastamento das águas de um curso são assim denominadas, hipótese em que a *água vai*, ou seja, *do rio que vai embora*. *A* percebe que adquiriu propriedade, pois o rio que fazia frente ao seu rancho recuou. Por isso, ele tem um espaço maior para construir um palanque destinado às suas pescarias:

c) Avulsão

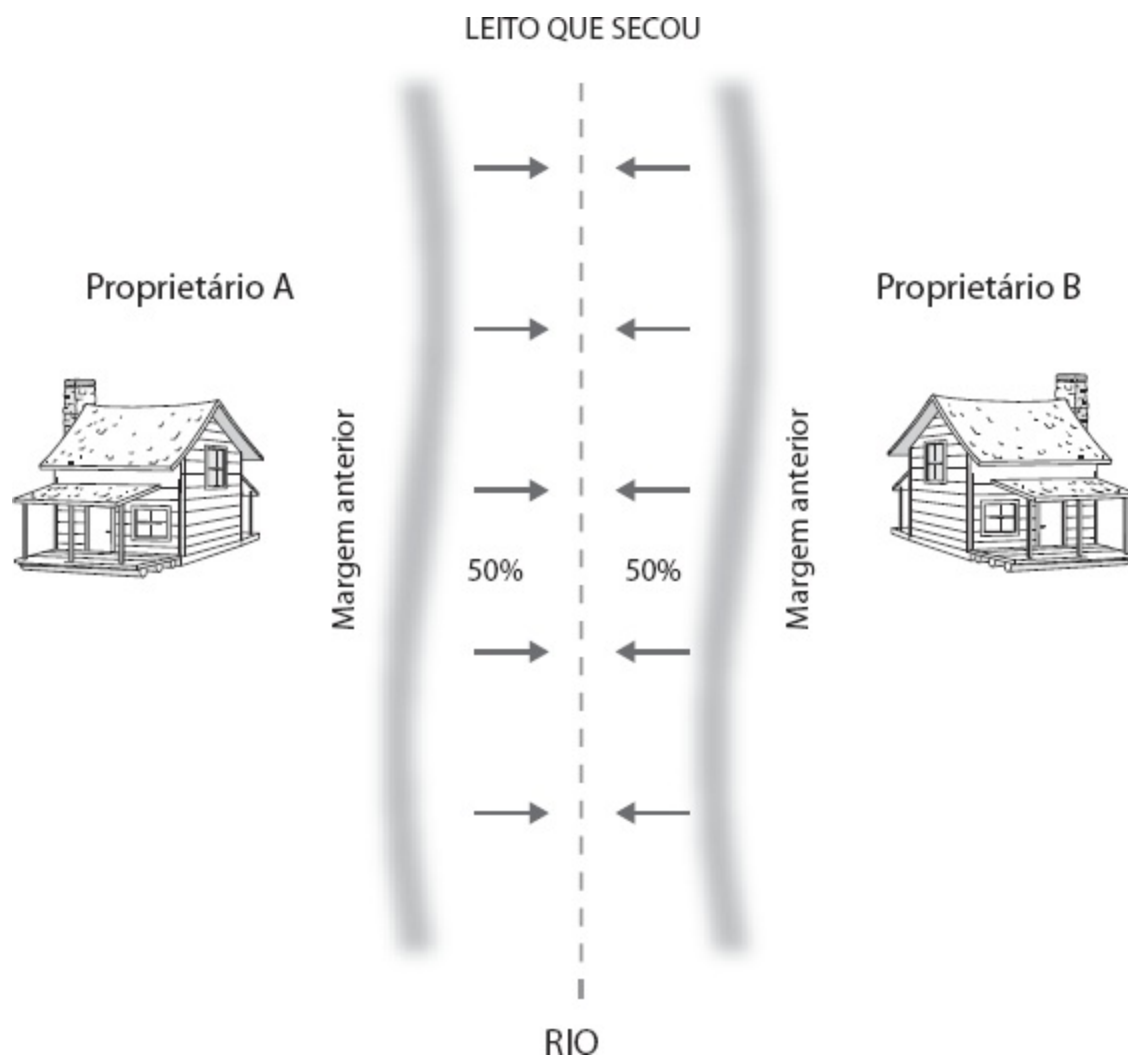
Nos termos do art. 1.251, *caput*, do CC, quando, por força natural violenta, uma porção de terra se destacar de um prédio e se juntar a outro, o dono deste adquirirá a propriedade do acréscimo, se indenizar o dono do primeiro ou, sem indenização, se, em um ano, ninguém houver reclamado. O esquema a seguir expõe que a *avulsão* é uma faixa de terra *avulsa*, que se desloca de um terreno, por força natural de corrente, para se juntar a outro:

Pelo que consta da norma, verifica-se que *A* ganhou propriedade, enquanto *B* perdeu parte de sua faixa de terra ribeirinha. *B* poderá pleitear reparação de danos pela parte perdida, no prazo decadencial de um ano, a contar da sua ocorrência. Tecnicamente, é de se criticar essa previsão de prazo, eis que a demanda está mais próxima de uma pretensão, ou seja, de um direito subjetivo e de um prazo prescricional (critério científico de Agnelo Amorim Filho, *RT* 300/7 e 744/725).

Em complemento, dispõe o parágrafo único do art. 1.251 do CC que, se recusando ao pagamento de indenização, o dono do prédio a que se juntou a porção de terra deverá concordar que se remova a parte acrescida. Em suma, a regra é a indenização, e não sendo esta paga por quem a deve, caberá uma ação de obrigação de fazer, inclusive com as medidas de tutela específica, previstas no art. 461 do CPC, caso da multa ou "*astreintes*".

d) Álveo abandonado

Conforme o art. 9.º do Código de Águas, o álveo é a superfície que as águas cobrem sem transbordar para o solo natural e ordinariamente enxuto. Assim sendo, o *álveo abandonado* é o rio ou a corrente de água que seca (*o rio que desaparece*). No que interessa à aquisição da propriedade, prevê o art. 1.252 do CC que o álveo abandonado de corrente pertence aos proprietários ribeirinhos das duas margens, sem que tenham indenização os donos dos terrenos por onde as águas abrirem novo curso, entendendo-se que os prédios marginais se estendem até o meio do álveo.

O raciocínio jurídico é o mesmo da formação de ilhas, pois é preciso traçar um meridiano no rio, verificando-se quais as distâncias das margens, estudo que interessa mais à engenharia do que ao Direito. Feito tal cálculo, será possível verificar quais as proporções ou percentuais das propriedades adquiridas:

A distribuição deve ser igual entre *A* e *B*, eis que a distância de suas margens ao centro do rio é a mesma, ou seja, em cinquenta por cento.

e) As plantações e as construções

Além das acessões naturais, o CC/2002 trata, como formas de aquisição originária da propriedade imóvel, das acessões artificiais, relativas às plantações e às construções (arts. 1.253 a 1.259). Como regra fundamental, dispõe o art. 1.253 que toda construção ou plantação existente em um terreno presume-se relativamente feita pelo proprietário e à sua custa, até que se prove o contrário. Em suma, as construções e as plantações têm natureza acessória, uma vez que constituem bens imóveis por acessão física artificial, seguindo a sorte do principal. Vejamos as seis regras específicas relativas ao tema:

1.ª Regra: Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno próprio com sementes, plantas ou materiais alheios,

adquire a propriedade destes; mas fica obrigado a pagar-lhes o valor, além de responder por perdas e danos, se agiu de má-fé (art. 1.254 do CC). Exemplo: alguém está guardando, por ato de amizade, cimento de um parente em sua fazenda. Certo dia, essa pessoa utiliza o cimento e constrói um galpão na propriedade. No caso em questão, o fazendeiro terá a propriedade do que foi construído, mas por óbvio terá que pagar ao amigo o cimento, sem prejuízo de outros danos, pois claramente agiu de má-fé. O fazendeiro sabia perfeitamente que o cimento não era seu, havendo desrespeito à boa-fé subjetiva, surgindo daí a responsabilidade civil, pois a má-fé induz à culpa.

2.ª Regra: Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções; se procedeu de boa-fé, terá direito a indenização. Se a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno, aquele que, de boa-fé, plantou ou edificou, adquirirá a propriedade do solo, mediante pagamento da indenização fixada judicialmente, se não houver acordo (art. 1.255 do CC, caput *e parágrafo único)*. Duas são as situações descritas. Primeiro, ilustrando, alguém está ocupando a casa de um parente que está viajando para o exterior por um ano. Aproveitando a ausência do familiar, essa pessoa constrói, com material próprio, uma piscina no fundo da casa. O ocupante não terá qualquer direito, pois agiu de má-fé, já que sabia que a propriedade não seria sua. Se agiu de boa-fé na construção, como no caso de algo que visava proteger o imóvel de uma destruição, terá direito à indenização. Como segunda situação, se realizada de boa-fé e a construção ou plantação tiver valor superior ao do imóvel, aquele que construiu ou plantou adquirirá a propriedade do último, tendo apenas que pagar uma indenização a ser fixada judicialmente, se não houver acordo entre as partes (art. 1.255, parágrafo único, do CC). Esse último dispositivo, novidade no atual Código Civil, acaba por considerar como principal a plantação ou a construção, fazendo com que o terreno o acompanhe, consagração do que se denomina como *acessão inversa ou invertida*, o que está de acordo com o princípio da função social da propriedade.[67]

3.ª Regra: Se de ambas as partes houve má-fé, adquirirá o proprietário as sementes, plantas e construções, devendo ressarcir o valor das acessões. Presume-se má-fé do proprietário quando o trabalho de construção, ou lavoura, se fez em sua presença e sem impugnação sua (art. 1.256 do CC, caput *e parágrafo único)*. Para concretizar, o proprietário de um imóvel deixa que alguém construa uma piscina com os seus materiais, nos fundos da casa, pensando o último que por isso poderá adquirir o domínio do bem principal. No caso descrito, há uma má-fé recíproca ou bilateral, pois ambos pretendem o enriquecimento sem causa. O proprietário da casa ficará com a piscina, mas deverá indenizar o outro pelos valores gastos com a sua construção. O parágrafo único do art. 1.256 do CC traz ainda uma presunção relativa de má-fé, quando a construção ou a plantação foi feita na presença do proprietário do imóvel e sem qualquer impugnação.

4.ª Regra: Se a construção, feita parcialmente em solo próprio, invade solo alheio em proporção não superior à vigésima parte deste, adquire o construtor de boa-fé a propriedade da parte do solo invadido, se o valor da construção exceder o dessa parte, e responde por indenização que represente, também, o valor da área perdida e a desvalorização da área remanescente (art. 1.258, caput, *do CC)*. Exemplo: alguém que constrói em sua propriedade uma churrasqueira com cobertura, que vem a invadir o terreno alheio em percentual não superior a 5% deste. Se a construção foi feita de boa-fé, ou seja, se o construtor não sabe da invasão, poderá adquirir a parte invadida, desde que a construção exceda o que se invadiu. Todavia, o construtor deverá indenizar o vizinho pela área que o último perdeu e por eventual desvalorização do imóvel restante, se for o caso.

5.ª Regra: Pagando em décuplo as perdas e danos previstos no art. 1.258, o construtor de má-fé adquire a propriedade da parte do solo que invadiu, se em proporção à vigésima parte deste e se o valor da construção exceder consideravelmente o dessa parte e não se puder demolir a porção invasora sem grave prejuízo para a construção (art. 1.258, parágrafo único, do CC). O comando legal está a prever o pagamento de dez vezes as perdas e danos ao proprietário do imóvel invadido – que incluem o valor que a invasão acresceu à construção, a área perdida e o correspondente à desvalorização do remanescente –, por parte do invasor de má-fé. Isso se o percentual da invasão for de 5% da área total invadida. Sendo indenizado aquele que perdeu parte do bem, o construtor adquire a propriedade do que se invadiu, desde que não seja possível a demolição da parte invasora e sem que haja prejuízo à construção. Na *IV Jornada de Direito Civil*, aprovou-se o Enunciado n. 318, prevendo que "O direito à aquisição da propriedade do solo em favor do construtor de má-fé (art. 1.258, parágrafo único) somente é viável quando, além dos requisitos explícitos previstos em lei,

houver necessidade de proteger terceiros de boa-fé".

6.ª Regra: Se o construtor estiver de boa-fé, e a invasão do solo alheio exceder a vigésima parte deste, adquire a propriedade da parte do solo invadido, e responde por perdas e danos que abranjam o valor que a invasão acrescer à construção, mais o da área perdida e o da desvalorização da área remanescente. Se o construtor estiver de má-fé, será obrigado a demolir o que nele construiu, pagando as perdas e danos apurados, que serão devidos em dobro (art. 1.259 do CC). A regra está relacionada com uma invasão por construtor superior a 5%, ou melhor, um vigésimo. Em uma primeira situação, se a invasão superior a um vigésimo for de boa-fé, o construtor invasor adquire a propriedade do que foi invadido, mas responde pelas perdas e danos correspondentes ao valor que a invasão acrescer à sua construção, ao valor da área perdida e ao correspondente à desvalorização da área remanescente. Em complemento, o dispositivo determina que se a invasão superior a um vigésimo ou 5% tiver sido de má-fé, o proprietário do imóvel invadido poderá requerer a sua demolição, sendo cabível, do ponto de vista processual, a ação demolitória. Além disso, poderá pedir as perdas e danos mencionados, em dobro.

7.4.6.2 *Da usucapião de bens imóveis*

7.4.6.2.1 Generalidades

Na esteira da melhor doutrina, *a usucapião* – grafada pelo CC/2002 no feminino –, constitui uma situação de aquisição do domínio, ou mesmo de outro direito real (caso do usufruto ou da servidão), pela posse prolongada. Assim, permite a lei que uma determinada situação de fato alongada por certo intervalo de tempo se transforme em uma situação jurídica (a aquisição originária da propriedade).[68] A usucapião garante a estabilidade da propriedade, fixando um prazo, além do qual não se podem mais levantar dúvidas a respeito de ausência ou vícios do título de posse. De certo modo, a função social da propriedade acaba sendo atendida por meio da usucapião.

Pois bem, a *posse ad usucapionem* ou *usucapível*, apresenta características próprias que devem ser estudadas. Antes de expor tais qualidades, insta verificar que os atos de mera tolerância não induzem a essa posse. Por isso, não é possível alegar usucapião na vigência de um contrato em que a posse é transmitida, caso da locação e do comodato, por exemplo. Ademais, a questão da mera tolerância acaba por gerar polêmicas quanto à possibilidade de se usucapir um bem em condomínio, particularmente nos casos envolvendo herdeiros.

Em relação ao condomínio, várias são as decisões apontando que, havendo tolerância de uso por parte dos demais condôminos, não há que se falar em usucapião, mas somente nos casos de posse própria (por todos: STJ, REsp 10.978/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Nilson Naves, j. 25.05.1993, *DJ* 09.08.1993, p. 15.228). Porém, do ano de 1999, merece relevo uma decisão do mesmo Tribunal Superior, que teve como relator o então Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Aplicando a boa-fé objetiva, particularmente a *supressio*, o julgado possibilitou, de forma indireta, a usucapião de uma área comum em um condomínio edilício – parte do corredor que dava acesso a alguns apartamentos –, ao reconhecer a perpetuação da posse em favor do condômino:

"Condomínio. Área comum. Prescrição. Boa-fé. Área destinada a corredor, que perdeu sua finalidade com a alteração do projeto e veio a ser ocupada com exclusividade por alguns condôminos, com a concordância dos demais. Consolidada a situação há mais de vinte anos sobre área não indispensável à existência do condomínio, é de ser mantido o *status quo*. Aplicação do princípio da boa-fé (*supressio*). Recurso conhecido e provido" (REsp 214.680/SP, Quarta Turma, j. 10.08.1999, *DJ* 16.11.1999, p. 214).

Entendeu-se que o não exercício da propriedade por vinte anos afastou o direito de o condomínio pleitear a coisa de volta. Indiretamente, acabou-se por reconhecer a usucapião em favor daqueles que detinham o bem, pois a eles foi destinada a posse permanente dessa parte do corredor de acesso aos apartamentos. De toda sorte, o julgado não merece a adesão deste autor, pois são os atos de mera tolerância que estão fundados na boa-fé objetiva, em regra.

Superada essa questão, vejamos quais são as principais características que deve ter a posse *ad usucapionem*:

a) *Posse com intenção de dono* (*animus domini*) – entra em cena o conceito de posse de Savigny, que tem como conteúdo o *corpus* (domínio fático) e o *animus domini* (intenção de dono). Essa intenção de dono não está presente, em regra, em casos envolvendo vigência de contratos, como nas hipóteses de locação, comodato e depósito. Todavia, é possível a alteração na causa da posse (*interversio possessionis*), admitindo-se a usucapião em casos excepcionais. Ilustre-se com a hipótese em que um locatário está no imóvel há cerca de trinta anos, não pagando os aluguéis há cerca de vinte anos, tendo o locador desaparecido. Anote-se que jurisprudência nacional tem reconhecido a usucapião em casos semelhantes (TJSP, Apelação com Revisão 337.693.4/9, Acórdão 3455115, São Paulo, Primeira Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, j. 27.01.2009, *DJESP* 20.02.2009).

b) *Posse mansa e pacífica* – exercida sem qualquer manifestação em contrário de quem tenha legítimo interesse, ou seja, sem a oposição do proprietário do bem. Se em algum momento houver contestação dessa posse pelo proprietário, desaparece o requisito da mansidão.

c) *Posse contínua e duradoura, em regra, e com determinado lapso temporal* – posse sem intervalos, sem interrupção. Como exceção a ser estudada, o art. 1.243 do CC admite a *soma de posses sucessivas* ou *accessio possessionis*. Quanto à duração, há prazos estabelecidos em lei, de acordo com a correspondente modalidade de usucapião. Cumpre destacar a aprovação de interessante enunciado na *V Jornada de Direito Civil*, realizada em 2011 estabelecendo que "O prazo, na ação de usucapião, pode ser completado no curso do processo, ressalvadas as hipóteses de má-fé processual do autor" (Enunciado n. 497 do CJF/STJ).

d) *Posse justa* – a *posse usucapível* deve se apresentar sem os vícios objetivos, ou seja, sem a violência, a clandestinidade ou a precariedade. Se a situação fática for adquirida por meio de atos violentos ou clandestinos, não induzirá posse, enquanto não cessar a violência ou a clandestinidade (art. 1.208, 2.ª parte, do CC). Este autor, frise-se, também é favorável ao convalescimento da posse precária.

e) *Posse de boa-fé e com justo título, em regra* – a usucapião ordinária, seja de bem imóvel ou móvel, exige a boa-fé e o justo título (arts. 1.242 e 1.260 do CC). Para outras modalidades de usucapião, tais requisitos são até dispensáveis, como se verá mais adiante, havendo uma presunção absoluta ou *iure et de iure* de sua presença.

Analisados esses requisitos básicos para a posse *ad usucapionem*, dispõe o art. 1.243 do atual Código Civil que o possuidor pode, para o fim de contar o tempo exigido pelos artigos antecedentes, acrescentar à sua posse a dos seus antecessores (art. 1.207), contanto que todas sejam contínuas,

pacíficas e, nos casos do art. 1.242, com justo título e de boa-fé.

A primeira parte do dispositivo trata da *accessio possessionis*, que vem a ser a soma dos lapsos temporais entre os sucessores, sejam eles sucessores *inter vivos* ou *mortis causa* (*soma de posses*). Exemplificando, em caso de sucessão de empresas, uma pode somar a sua posse à da outra para usucapir um imóvel. Ainda a ilustrar, um herdeiro pode continuar a posse do *de cujus* para os fins de usucapião. Sobre a categoria, na *IV Jornada de Direito* foi aprovado um enunciado sobre o instituto da soma de posses com os fins de usucapião, o de número 317, prevendo que "A *accessio possessionis*, de que trata o art. 1.243, primeira parte, do Código Civil, não encontra aplicabilidade relativamente aos arts. 1.239 e 1.240 do mesmo diploma legal, em face da normatividade do usucapião constitucional urbano e rural, arts. 183 e 191, respectivamente". A correta conclusão foi a de que o instituto não se aplica para os casos de usucapião especial urbana e rural, justamente diante do tratamento específico que consta da Constituição Federal de 1988. Quanto à usucapião especial urbana, há regra específica da *accessio possessionis*, prevista no art. 9.º, § 3.º, da Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade).

Por fim, em relação às generalidades, enuncia o art. 1.244 do CC que se estende ao possuidor o disposto quanto ao devedor acerca das causas que obstam, suspendem ou interrompem a prescrição, as quais também se aplicam à usucapião. Lembre-se que, na obstação ou impedimento, o prazo sequer tem início; na suspensão, o prazo para e depois continua de onde parou; na interrupção, o prazo para e volta ao início, o que por regra somente pode ocorrer uma vez. Em suma, devem ser aplicadas à usucapião as hipóteses previstas nos arts. 197 a 202 do CC, a seguir elencadas e adaptadas:

– Não correrão os prazos de usucapião entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal. Atente-se ao fato de que a nova modalidade de usucapião urbana, para os casos de abandono do lar conjugal (art. 1.240-A do CC), constitui exceção a essa regra.

– Não haverá usucapião entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar, em regra, até quando o menor completar dezoito anos.

– Não correrão também os prazos entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela.

– Os prazos de usucapião não correm contra os absolutamente incapazes, tratados no art. 3.º do CC (menores de 16 anos, enfermos e doentes mentais sem discernimento para a prática dos atos da vida civil e pessoas que mesmo por causa transitória não puderem exprimir vontade).

– Os prazos não são contados contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios.

– Os prazos de usucapião não contam contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra.

– Pendendo condição suspensiva, não se adquire um bem por usucapião. A título de exemplo, se a propriedade do bem estiver sendo discutida em sede de ação reivindicatória, não haverá início do prazo.

– Não se adquire por usucapião não estando vencido eventual prazo para a aquisição do direito.

– Não haverá contagem para o prazo de usucapião pendendo ação de evicção.

– Não se contam os prazos de usucapião quando a ação de usucapião se originar de fato que deva ser apurado no juízo

criminal, não correndo a prescrição antes da respectiva sentença definitiva.

- Haverá interrupção do prazo de usucapião no caso de despacho do juiz que, mesmo incompetente, ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual. Essa ação em que há a citação pode ser justamente aquela em que se discute o domínio da coisa.
- O prazo prescricional para a usucapião se interrompe pelo protesto judicial ou até mesmo por eventual protesto cambial, se assim se pode imaginar.
- Interromperá o prazo prescricional para a usucapião a apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores.
- Qualquer ato judicial que constitua em mora o possuidor interrompe o prazo para a usucapião.
- Por fim, por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito alheio por parte do possuidor, tem o condão de interromper o prazo para a usucapião.

7.4.6.2.2 Modalidades de usucapião de bens imóveis

a) Da usucapião ordinária (art. 1.242 do CC)

Expressa o art. 1.242 do CC que: "Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos. Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico". Como se nota, concentra-se no mesmo dispositivo duas modalidades de usucapião ordinária:

No *caput* do comando há previsão da *usucapião ordinária regular* ou *comum*, cujos requisitos são os seguintes:

- Posse mansa, pacífica e ininterrupta com *animus domini* por 10 anos. O CC/2002 reduziu e unificou os prazos anteriormente previstos, que eram de 10 anos entre presentes e de 15 anos entre ausentes (art. 551 do CC/1916).
- Justo título.
- Boa-fé, no caso a boa-fé subjetiva, existente no campo intencional ou psicológico (art. 1.201 do CC).

No que toca ao justo título, é fundamental a citação do Enunciado n. 86 do CJF/STJ, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, prevendo que a expressão abrange todo e qualquer ato jurídico hábil, em tese, a transferir a propriedade, independentemente de registro. Em outras palavras, deve ser considerado justo título para a usucapião ordinária o instrumento particular de compromisso de compra e venda, independentemente do seu registro ou não no Cartório de Registro de Imóveis (nesse sentido: STJ, REsp 171.204/GO, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 26.06.2003, *DJ* 01.03.2004, p. 186).

Além dessa forma de usucapião prevista no *caput* do comando legal, o seu parágrafo único trata da *usucapião ordinária por posse-trabalho*. Isso porque o prazo cai para cinco anos se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelado posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico. Em resumo, a usucapião é possível, com prazo reduzido, havendo a *posse qualificada* pelo cumprimento de uma função social.

A norma apresenta um sério problema. Isso porque traz um requisito ao lado da posse-trabalho, qual seja, a existência de um documento hábil que foi registrado e cancelado posteriormente, caso de um compromisso de compra e venda. Tal requisito gera o que se convencionou denominar como *usucapião tabular*, especialmente entre os juristas da área de registros públicos.

Pela literalidade da norma, parece que tal elemento é realmente imprescindível. Todavia, este autor entende de forma contrária, pois a *posse-trabalho* é que deve ser tida como elemento fundamental para a caracterização dessa forma de usucapião ordinária, fazendo que o prazo caia pela metade. Em suma, prevalece a função social da posse.

Por fim, pontue-se que, na *VI Jornada de Direito Civil*, evento realizado em 2013, foi aprovado o Enunciado n. 569, estabelecendo que "no caso do art. 1.242, parágrafo único, a usucapião, como matéria de defesa, prescinde do ajuizamento da ação de usucapião, visto que, nessa hipótese, o usucapiente já é o titular do imóvel no registro". De acordo com as suas justificativas, "a usucapião de que trata o art. 1.242, parágrafo único, constitui matéria de defesa a ser alegada no curso da ação de anulação do registro do título translativo de propriedade, sendo dispensável o posterior ajuizamento da ação de usucapião". Como se nota, o enunciado doutrinário em questão confirma a necessidade daquele requisito formal para a incidência do dispositivo.

b) Da usucapião extraordinária (art. 1.238 do CC)

Nos termos literais do *caput* do dispositivo, "aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis". De acordo com o seu parágrafo único, o prazo estabelecido no dispositivo será reduzido para dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Na esteira do que ocorre com a usucapião ordinária, há a *usucapião extraordinária regular* ou *comum* (*caput*) e a *usucapião extraordinária por posse-trabalho* (parágrafo único). Em relação à primeira, o prazo foi reduzido para 15 anos, uma vez que o CC/1916 consagrava um prazo de 20 anos (art. 550 do CC/1916).

Ora, é requisito essencial da usucapião extraordinária a existência, em regra, de uma posse mansa e pacífica, ininterrupta, com *animus domini* e sem oposição por 15 anos. O prazo cai para 10

anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel sua moradia habitual ou houver realizado obras ou serviços de caráter produtivo, ou seja, se a função social da posse estiver sendo cumprida pela presença da *posse-trabalho*.

O que se percebe é que nos dois casos não há necessidade de se provar a boa-fé ou o justo título, havendo uma presunção absoluta ou *iure et de iure* da presença desses elementos. O requisito, portanto, é único, isto é, a presença da posse que apresente os requisitos exigidos em lei.

Por fim, consigne-se que a nova modalidade de usucapião extraordinária, fundada na posse-trabalho, vem sendo objeto de numerosos julgados nacionais (por todos: STJ, REsp 1.088.082/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 02.03.2010, *DJE* 15.03.2010; TJSP, Apelação 994.09.273833-3, Acórdão 4552538, Fernandópolis, Sexta Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Roberto Solimene, j. 10.06.2010, *DJESP* 26.07.2010; TJMG, Apelação Cível 1.0317.05.048800-4/0011, Itabira, Décima Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Eduardo Mariné da Cunha, j. 29.10.2009, *DJEMG* 18.11.2009).

c) Da usucapião constitucional ou especial rural – pro labore (art. 191, caput, da CF/1988; art. 1.239 do CC e Lei 6.969/1981)

Dispõe o *caput* do art. 191 da CF/1988 que “Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade”. A regra foi reproduzida, na literalidade, pelo art. 1.239 do CC/2002; estando o instituto da *usucapião constitucional* ou *especial rural* do mesmo modo regulamentado pela Lei 6.969/1981.

Pontue-se que, entre os autores do Direito Agrário, a categoria é denominada como usucapião agrário ou agrária. Segundo Benedito Ferreira Marques, o termo especial deve ser utilizado apenas para a usucapião indígena, a seguir estudada, e não para o instituto objeto deste tópico.[69] De toda sorte, o presente autor prefere utilizar o termo especial, majoritário na doutrina civilista nacional também para a usucapião constitucional urbana.

Em relação aos seus requisitos, podem ser destacados os seguintes:

- A área não pode ser superior a 50 hectares (50 ha), e deve estar localizada na zona rural.
- A posse deve ter cinco anos ininterruptos, sem oposição e com *animus domini*.
- O imóvel deve ser utilizado para subsistência ou trabalho (*pro labore*), podendo ser na agricultura, na pecuária, no extrativismo ou em atividade similar. O fator essencial é que a pessoa ou a família esteja tornando produtiva a terra, por força de seu trabalho.
- Aquele que pretende adquirir por usucapião não pode ser proprietário de outro imóvel, seja ele rural ou urbano.

Não há qualquer previsão quanto ao justo título e à boa-fé, pois tais elementos se presumem de forma absoluta (presunção *iure et de iure*) pela destinação que foi dada ao imóvel, atendendo à sua função social.

Em relação ao instituto da usucapião especial rural, dois foram os enunciados doutrinários aprovados na *IV Jornada de Direito Civil*, com conteúdo muito importante. O primeiro deles é o Enunciado n. 312 do CJF/STJ, pelo qual "Observado o teto constitucional, a fixação da área máxima para fins de usucapião especial rural levará em consideração o módulo rural e a atividade agrária regionalizada". Para Paulo Henrique Cunha da Silva, autor do enunciado doutrinário: "Trata-se de posse *pro labore* em conjunto com a família, daí não assistir razão para que a modalidade especial de aquisição seja para áreas superiores ou inferiores a um módulo. Ora, o inciso II, do art. 4.º, do Estatuto da Terra (Lei 4.504/1964), define como propriedade familiar o imóvel rural que, direta e pessoalmente explorado pelo agricultor e sua família, lhes absorva toda a força de trabalho, garantindo-lhes a subsistência e o progresso social e econômico, com área máxima fixada para cada região e tipo de exploração, e eventualmente, trabalhado com a ajuda de terceiros, sendo o módulo rural uma unidade de medida, expressa em hectares, que busca exprimir a interdependência entre a dimensão, a situação geográfica dos imóveis rurais e a forma e condições do seu aproveitamento econômico". O enunciado, assim, tem a sua razão de ser, buscando um diálogo importante com o Direito Agrário.

O segundo é o Enunciado n. 313, prevendo que "Quando a posse ocorre sobre área superior aos limites legais, não é possível a aquisição pela via da usucapião especial, ainda que o pedido restrinja a dimensão do que se quer usucapir". O enunciado aprovado atinge não somente a usucapião especial rural, mas também a usucapião especial urbana (art. 1.240 do CC), e vem recebendo aplicação jurisprudencial (TJRS, Apelação Cível 70027024959, Porto Alegre, Décima Nona Câmara Cível, Rel. Des. Carlos Rafael dos Santos Júnior, j. 07.04.2009, *DOERS* 19.05.2009, p. 60).

Com o devido respeito, não se filia ao seu teor, eis que, em casos excepcionais, pode-se deferir a usucapião mesmo sendo a área um pouco superior ao previsto em lei, desde que a função social da posse esteja sendo bem exercida. Em suma, o material deve prevalecer sobre o formal.

d) Da usucapião constitucional ou especial urbana – pro misero (art. 183, caput, da CF/1988, art. 1.240 do CC e art. 9.º da Lei 10.257/2001). A inclusão da usucapião especial urbana por abandono do lar pela Lei 12.424/2011 (art. 1.240-A do CC)

A *usucapião constitucional* ou *especial urbana* (*pro misero*) está tratada no *caput* do art. 183 da CF/1988: "Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural". A norma está reproduzida no art. 1.240 do CC e no *caput* do art. 9.º da Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade).

Nos termos do Estatuto da Cidade, o título de domínio será conferido ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil (art. 9.º, § 1.º, da Lei 10.257/2001). Ademais, o direito à usucapião especial urbana não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez, o que confirma a ideia de que a aquisição da propriedade atende ao direito mínimo de moradia – *pro misero* (art. 9.º, § 2.º, da Lei 10.257/2001).

De acordo com o § 3.º do art. 9.º da Lei 10.257/2001, para os efeitos dessa modalidade de usucapião, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, a posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão. Eis aqui o tratamento específico da *accessio possessionis* para a usucapião especial urbana, como outrora mencionado, não se aplicando, portanto, a regra geral prevista no art. 1.243 do CC. Resta claro, pela literalidade da norma, que a *soma das posses* para a usucapião especial urbana somente pode ser *mortis causa* e não *inter vivos*, como é na regra geral.

Pois bem, sintetizando, pelo que consta das normas, são os requisitos da usucapião constitucional ou especial urbana:

- Área urbana não superior a 250 m^2.
- Posse mansa e pacífica de cinco anos ininterruptos, sem oposição, com *animus domini*.
- O imóvel deve ser utilizado para a sua moradia ou de sua família, nos termos do que prevê o art. 6.º, *caput*, da CF/1988 (*pro misero*).
- Aquele que adquire o bem não pode ser proprietário de outro imóvel, rural ou urbano; não podendo a usucapião especial urbana ser deferida mais de uma vez.

Cumpre observar que não há menção quanto ao justo título e à boa-fé pela presunção absoluta ou *iure et de iure* de suas presenças.

Em relação à usucapião especial urbana, existem dois enunciados aprovados nas *Jornadas de Direito Civil*, sem prejuízo do Enunciado n. 313, da *IV Jornada* (2006), outrora exposto. O primeiro deles é o Enunciado n. 85, da *I Jornada de Direito Civil* (2002), pelo qual "Para efeitos do art. 1.240, *caput*, do novo Código Civil, entende-se por 'área urbana' o imóvel edificado ou não, inclusive unidades autônomas vinculadas a condomínios edilícios". Na esteira da jurisprudência, o entendimento doutrinário consubstanciado no enunciado está a possibilitar a usucapião especial urbana de apartamentos em condomínio edilício (TJSP, Apelação 390.646-4/3-00, Mococa, Terceira Câmara de Direito Privado, j. 05.09.2006, Rel. Des. Beretta da Silveira, v.u., Voto 11.567).

Em havendo usucapião de área em condomínio, dispõe o Enunciado n. 314, da *IV Jornada*, que "para os efeitos do art. 1.240, não se deve computar, para fins de limite de metragem máxima, a extensão compreendida pela fração ideal correspondente à área comum". Em suma, para o cômputo

dos 250 m² que exige a lei, somente deve ser levada em conta a área autônoma ou individual e não a fração da área comum.

Pois bem, a Lei 12.424, de 16 de junho de 2011, inclui no sistema a *usucapião especial urbana por abandono do lar*. Vejamos a redação do novo comando, constante do art. 1.240-A do CC/2002:

> "Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.
>
> § 1.º O direito previsto no *caput* não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez."

O instituto traz algumas semelhanças em relação à usucapião especial urbana que já estava prevista, a qual pode ser denominada como *regular*.

De início, cite-se a metragem de 250 m², que é exatamente a mesma, procurando o legislador manter a uniformidade legislativa. Isso, apesar de que em alguns locais a área pode ser tida como excessiva, conduzindo a usucapião de imóveis de valores milionários. Ato contínuo, o novo instituto somente pode ser reconhecido uma vez, desde que o possuidor não tenha um outro imóvel urbano ou rural.

A principal novidade é a redução do prazo para exíguos dois anos, o que faz com que a nova categoria seja aquela com menor prazo previsto, entre todas as modalidades de usucapião, inclusive de bens móveis (o prazo menor era de três anos). Deve ficar claro que a tendência pós-moderna é justamente a de redução dos prazos legais, eis que o mundo contemporâneo possibilita a tomada de decisões com maior rapidez.

O abandono do lar é o fator preponderante para a incidência da norma, somado ao estabelecimento da moradia com posse direta O comando pode atingir cônjuges ou companheiros, inclusive homoafetivos, diante do amplo reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, equiparada à união estável. Fica claro que o instituto tem incidência restrita entre os componentes da entidade familiar, sendo esse o seu âmbito inicial de aplicação. Nesse sentido, precioso enunciado aprovado na *V Jornada de Direito Civil*, a saber: "A modalidade de usucapião prevista no art. 1.240-A do Código Civil pressupõe a propriedade comum do casal e compreende todas as formas de família ou entidades familiares, inclusive homoafetivas" (Enunciado n. 500).

Consigne-se que em havendo disputa, judicial ou extrajudicial, relativa ao imóvel, não ficará caracterizada a posse *ad usucapionem*, não sendo o caso de subsunção do preceito. Eventualmente, o cônjuge ou companheiro que abandonou o lar pode notificar o ex-consorte anualmente, para demonstrar o impasse relativo ao bem, afastando o cômputo do prazo.

Desse modo, o requisito do abandono do lar merece uma interpretação objetiva e cautelosa.

Nessa esteira, vejamos um outro enunciado aprovado na *V Jornada de Direito Civil*, que analisa muito bem a temática:

> "A aquisição da propriedade na modalidade de usucapião prevista no art. 1.240-A do Código Civil só pode ocorrer em virtude de implemento de seus pressupostos anteriormente ao divórcio. O requisito 'abandono do lar' deve ser interpretado de maneira cautelosa, mediante a verificação de que o afastamento do lar conjugal representa descumprimento simultâneo de outros deveres conjugais, tais como assistência material e dever de sustento do lar, onerando desigualmente aquele que se manteve na residência familiar e que se responsabiliza unilateralmente com as despesas oriundas da manutenção da família e do próprio imóvel, justificando a perda da propriedade e a alteração do regime de bens quanto ao imóvel objeto de usucapião" (Enunciado n. 499).

Como incidência concreta desse enunciado doutrinário, não se pode admitir a aplicação da nova usucapião nos casos de atos de violência praticados por um cônjuge ou companheiro para retirar o outro do lar conjugal. Em suma, a expulsão do cônjuge ou companheiro não pode ser comparada ao abandono.

No que concerne à questão de direito intertemporal, parece correto o entendimento defendido por Marcos Ehrhardt Jr., no sentido de que "O prazo para exercício desse novo direito deve ser contado por inteiro, a partir do início da vigência da alteração legislativa, afinal não se deve mudar as regras do jogo no meio de uma partida". A conclusão tem relação direta com a proteção do direito adquirido, retirada do art. 5.º, XXXVI, da Constituição e do art. 6.º da Lei de Introdução.[70] Do mesmo modo, a conclusão constante em outro enunciado da *V Jornada de Direito Civil:* "A fluência do prazo de 2 anos, previsto pelo art. 1.240-A para a nova modalidade de usucapião nele contemplada com a tem início em vigor da Lei n. 12.424/2011" (Enunciado n. 498). Adotando esse entendimento: "Usucapião. Ação de usucapião familiar. Autora separada de fato que pretende usucapir a parte do imóvel que pertencente ao ex-cônjuge. Artigo 1.240-A do Código Civil, inserido pela Lei 12.424/2011. Inaplicabilidade. Prazo de 2 anos necessário para aquisição na modalidade de 'usucapião familiar', que deve ser contado da data da vigência da Lei (16.06.2011). Ação distribuída em 25.08.2011. Lapso temporal não transcorrido. Sentença de indeferimento da inicial mantida. Recurso desprovido" (TJSP, APL 00406656920118260100, Rel. Alexandre Marcondes, 3.ª Câmara Cível, j. 25.02.2014).

Merece relevo outro enunciado aprovado na *V Jornada*, que conclui que não é requisito indispensável para a nova usucapião o divórcio ou a dissolução da união estável, bastando a mera separação de fato: "As expressões 'ex-cônjuge' e 'ex-companheiro', contidas no artigo 1.240-A do Código Civil, correspondem à situação fática da separação, independentemente de divórcio (Enunciado n. 501).

Por fim, do mesmo evento, conclui-se que "O conceito de posse direta do art. 1.240-A do Código Civil não coincide com a acepção empregada no art. 1.197 do mesmo Código" (Enunciado n. 502). Nesse contexto, não há necessidade de que o imóvel esteja na posse direta do ex-cônjuge ou

ex-companheiro, podendo ele estar locado a terceiro; sendo viável do mesmo modo a nova usucapião pelo exercício de posse indireta.

Por certo, outras discussões jurídicas surgirão a respeito dessa nova modalidade de usucapião especial urbana, debates esses que serão expostos nas próximas edições da presente obra.

e) Da usucapião especial urbana coletiva (art. 10 da Lei 10.257/2001)

É a redação do art. 10 do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001): "As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural". Consagra-se a *usucapião especial urbana coletiva*, ou, tão somente, *usucapião coletiva*, possível nos casos envolvendo imóveis localizados em zonas urbanas, desde que obedecidos os seguintes requisitos:

- Área urbana, havendo limitação mínima de 250 m^2.
- Posse de cinco anos ininterruptos, sem oposição, com *animus domini*, não havendo exigência de que a posse seja de boa-fé.
- Existência no local de famílias de baixa renda, utilizando o imóvel para moradia, nos termos do art. 6.º, *caput*, da CF/1988.
- Ausência de possibilidade de identificação da área de cada possuidor.
- Aquele que adquire não pode ser proprietário de outro imóvel – rural ou urbano.

Os parágrafos do art. 10 do Estatuto da Cidade trazem importantes regras de cunho material e processual. De início, prevê o § 1.º do art. 10 do Estatuto da Cidade que o possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por esse artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas. Em outra norma especial, está consagrada a possibilidade da *accessio possessionis*, ou seja, a possibilidade de o sucessor da posse somar, no aspecto temporal, a posse anterior para fins de usucapião coletiva.

No campo processual, a usucapião especial coletiva de imóvel urbano será declarada pelo juiz, mediante sentença, a qual servirá de título para registro no cartório de registro de imóveis (art. 10, § 2.º, da Lei 10.257/2001). Nessa sentença, o juiz atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas (art. 10, § 3.º, da Lei 10.257/2001).

A última norma consagra o estabelecimento de um condomínio a favor dos usucapientes, o que deve constar da sentença declaratória da propriedade. Esse condomínio especial constituído é indivisível, não sendo passível de extinção, salvo deliberação favorável tomada por, no mínimo, dois terços dos condôminos, no caso de execução de urbanização posterior à constituição do

condomínio (art. 10, § 4.º, da Lei 10.257/2001). Por fim, as deliberações relativas à administração do condomínio especial serão tomadas por maioria de votos dos condôminos presentes, obrigando também os demais, discordantes ou ausentes (art. 10, § 5.º, da Lei 10.257/2001).

f) Da usucapião especial indígena (art. 33 da Lei 6.001/1973)

Encerrando o estudo das categorias de usucapião imobiliária, além das formas de usucapião previstas no Código Civil de 2002, na Constituição Federal, na Lei Agrária e no Estatuto da Cidade, é preciso apontar e estudar a *usucapião especial indígena*, tratada pelo Estatuto do Índio (Lei 6.001/1973). Enuncia o art. 33 dessa Lei especial que "O índio, integrado ou não, que ocupe como próprio, por dez anos consecutivos, trecho de terra inferior a cinquenta hectares, adquirir-lhe-á a propriedade plena".

Em resumo, pelo que consta da norma, são requisitos da usucapião indígena:

- Área de, no máximo, 50 ha.
- Posse mansa e pacífica por dez anos, exercida por indígena.

Observação: Além das modalidades judiciais expostas, a Lei 11.977/2009 – conhecida como Lei Minha Casa, Minha Vida – instituiu modalidade de *usucapião administrativa*, a ser efetivada no Cartório de Registro de Imóveis, dispensando demanda judicial. Assim, é possível que o Poder Público legitime a posse de ocupantes de imóveis públicos ou particulares, nos termos do art. 59 da norma, aqui já exposto ("A legitimação de posse devidamente registrada constitui direito em favor do detentor da posse direta para fins de moradia"). Tal legitimação da posse será concedida aos moradores cadastrados pelo Poder Público, desde que: *a)* não sejam concessionários, foreiros ou proprietários de outro imóvel urbano ou rural; e *b)* não sejam beneficiários de legitimação de posse concedida anteriormente. A legitimação de posse também será concedida ao coproprietário da gleba, titular de cotas ou frações ideais, devidamente cadastrado pelo Poder Público, desde que exerça seu direito de propriedade em um lote individualizado e identificado no parcelamento registrado. Após concessão de tal direito, estabelece o art. 60 da Lei 11.977/2009 que o detentor do título de legitimação de posse, após 5 (cinco) anos de seu registro, poderá requerer ao oficial de registro de imóveis a conversão desse título em registro de propriedade, tendo em vista sua aquisição por usucapião, nos termos do art. 183 da Constituição Federal. Em outras palavras, converte-se a mera legitimação da posse em propriedade, por meio da usucapião especial ou constitucional urbana. Ressalve-se que, no caso de bens públicos, não caberá tal conversão, diante da proibição que consta do § 3.º do art. 183 do Texto Maior e do art. 102 do CC/2002. Para requerer tal conversão, o adquirente deverá apresentar: I – certidões do cartório distribuidor demonstrando a inexistência de ações em andamento que versem sobre a posse ou a propriedade do imóvel; II – declaração de que não possui outro imóvel urbano ou rural; III – declaração de que o imóvel é utilizado para sua moradia ou de sua família; e IV – declaração de que não teve reconhecido anteriormente o direito à usucapião de imóveis em áreas urbanas. Se a área for superior a 250 m^2, não será possível adquirir a área pela modalidade da usucapião especial ou constitucional urbana, mas apenas por outra categoria, caso da usucapião ordinária ou da extraordinária (art. 60, § 3.º). Por fim, o título de legitimação de posse poderá ser extinto pelo Poder Público emitente quando constatado que o beneficiário não está na posse do imóvel e não houve registro de cessão de direitos. Após o procedimento para extinção do título, o Poder Público solicitará ao oficial de registro de imóveis a averbação do seu cancelamento (art. 60-A). Como bem observam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, tal modalidade de usucapião constituiu uma ousada forma de concretização da proteção constitucional da moradia e da função social da propriedade, estando inserida na sadia ideia de *desjudicialização dos conflitos civis*.[71] Muitos desafios surgirão na prática e na jurisprudência a respeito desse interessante instituto.

7.4.6.2.3 Usucapião imobiliária e direito intertemporal

O CC/2002 traz um capítulo final, com o título "Das Disposições Finais e Transitórias" (arts. 2.028 a 2.046), e que serve para solucionar os problemas decorrentes do conflito das normas no tempo.

De início, a respeito da usucapião, dispõe o art. 2.029 que "Até dois anos após a entrada em vigor deste Código, os prazos estabelecidos no parágrafo único do art. 1.238 e no parágrafo único do art. 1.242 serão acrescidos de dois anos, qualquer que seja o tempo transcorrido na vigência do anterior, Lei 3.071, de 1.º de janeiro de 1916". A norma é aplicada aos casos de usucapião extraordinária e ordinária em que os prazos são reduzidos para dez e cinco anos, respectivamente, diante da presença da posse-trabalho. Isso porque seria injusto que o antigo proprietário do bem, contra o qual corre o prazo de usucapião, fosse surpreendido por uma repentina redução de prazos decorrente da lei. Anote-se que, pela mesma justificativa, há norma semelhante para a *desapropriação judicial privada por posse-trabalho*, do mesmo modo com acréscimo de prazo de dois anos (art. 2.030).

Pois bem, o art. 2.029 do CC expressa que até dois anos da entrada em vigor do Código Civil de 2002, ou seja, até 11 de janeiro de 2005, para as usucapiões mencionadas, deverão ser aplicados os prazos de 12 e 7 anos, respectivamente. As adições de prazos são esclarecidas, na doutrina, por Maria Helena Diniz, nos seguintes termos:

> "Até 11 de janeiro de 2005, os prazos, no caso em tela, serão de 12 e 7 anos. Consequentemente, aqueles prazos de 10 e 5 anos apenas se aplicarão após o transcurso do primeiro biênio de vigência do novel Código, àqueles possuidores cuja situação, que se enquadrariam nos arts. 1.238 e parágrafo único e 1.242 e parágrafo único, se iniciou após sua entrada em vigor. Isto é assim porque se configurou a *posse-trabalho* e para que se possa atender ao princípio da função social da propriedade, não se aplicando, durante o primeiro biênio da vigência do novo Código Civil, o disposto no art. 2.028, nas hipóteses dos arts. 1.238 e parágrafo único e 1.242 e parágrafo único. Se, p. ex., até dois anos da entrada em vigor do novo Código Civil, alguém já vinha possuindo, desde o império do Código Civil de 1916, com *animus domini*, imóvel por 9 anos sem justo título e boa-fé, tendo nele estabelecido sua morada e o tornado produtivo, não terá de aguardar mais 11 anos para pedir a usucapião extraordinária, como previa o art. 550 do CC de 1916, que, para tanto, exigia 20 anos de posse ininterrupta, nem se lhe aplicaria o disposto no art. 2.028, pois como reside no imóvel e nele realizou obras sociais e econômicas, ter-se-á a posse *ad laborem*, logo bastar-lhe-á, ante a patrimonialidade do prazo transcorrido, esperar mais três anos para pedir a propriedade, obtendo sentença declaratória de usucapião, pois pelo art. 1.238, parágrafo único, o prazo é de 10 anos, acrescido de mais dois anos por força do art. 2.029 do CC. Deverá, então, cumprir doze anos de posse-trabalho para obter, por meio de usucapião, a propriedade daquele imóvel".[72]

Cumpre anotar que este último entendimento foi recentemente aplicado pela jurisprudência superior:

> "Direitos reais. Usucapião extraordinário. Posse parcialmente exercida na vigência do Código Civil de 1916. Aplicação imediata do art. 1.238, § único, do Código Civil de 2002. Inteligência da regra de transição específica conferida pelo art. 2.029. Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, provido. 1. Ao usucapião extraordinário qualificado pela 'posse-trabalho', previsto no

art. 1.238, § único, do Código Civil de 2002, a regra de transição aplicável não é a esculpida no art. 2.028 (regra geral), mas sim a do art. 2.029, que prevê forma específica de transição dos prazos do usucapião dessa natureza. 2. O art. 1.238, § único, do CC/02, tem aplicação imediata às posses *ad usucapionem* já iniciadas, 'qualquer que seja o tempo transcorrido' na vigência do Código anterior, devendo apenas ser respeitada a fórmula de transição, segundo a qual serão acrescidos dois anos ao novo prazo, nos dois anos após a entrada em vigor do Código de 2002. 3. A citação realizada em ação possessória, extinta sem resolução de mérito, não tem o condão de interromper o prazo da prescrição aquisitiva. Precedentes. 4. É plenamente possível o reconhecimento da usucapião quando o prazo exigido por lei se exauriu no curso do processo, por força do art. 462 do CPC, que privilegia o estado atual em que se encontram as coisas, evitando-se provimento judicial de procedência quando já pereceu o direito do autor ou de improcedência quando o direito pleiteado na inicial, delineado pela *causa petendi* narrada, é reforçado por fatos supervenientes. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido" (STJ, REsp 1.088.082/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 02.03.2010, *DJe* 15.03.2010).

Como se depreende da norma e das lições da jurista por último citada, o art. 2.029 somente tem incidência às duas modalidades especiais de usucapião, extraordinária ou ordinária, ou seja, nos casos em que houver posse-trabalho. Assim, para os demais casos de usucapião extraordinária e ordinária, em que houve redução dos prazos, terá incidência o art. 2.028 do CC, dispositivo que tenta resolver os problemas de direito intertemporal relativos à prescrição e cuja redação é a seguinte:

"Art. 2.028. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada".

No mesmo sentido, opina Mário Luiz Delgado, que traz a seguinte exemplificação, aplicando o art. 2.028 do CC: "no caso da usucapião extraordinária, se, em 11 de janeiro de 2003, já havia transcorrido mais da metade do prazo velho (por exemplo, onze anos), os possuidores ainda terão que aguardar nove anos para usucapir. Se só houvesse transcorrido dois anos quando da entrada em vigor do novo Código, aplicar-se-ia o prazo reduzido, porém contado da entrada em vigor do Código, o que equivale dizer que os possuidores teriam de esperar ainda quinze anos para adquirir a propriedade".[73] É notório o entendimento majoritário, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, de que no caso de redução de prazos de prescrição, transcorrido metade ou menos da metade do prazo anterior, o prazo novo deve ser contado a partir da entrada em vigor do novo Código Civil (nesse sentido, ver: STJ, REsp 905.210/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 15.05.2007, v.u.).

De toda sorte, na *VI Jornada de Direito Civil*, evento promovido pelo Conselho da Justiça Federal e Superior Tribunal de Justiça em 2013, aprovou-se enunciado doutrinário em sentido diverso, concluindo que o art. 2.028 do Código não se aplica às hipóteses tratadas no *caput* dos arts. 1.238 e 1.242. Conforme a dicção do Enunciado n. 564, "as normas relativas à usucapião extraordinária (art. 1.238, *caput*, CC) e à usucapião ordinária (art. 1.242, *caput*, CC), por estabelecerem redução de prazo em benefício do possuidor, têm aplicação imediata, não incidindo o disposto no art. 2.028 do Código Civil".

Conforme as justificativas da proposta doutrinária, "O Código Civil, quando estabeleceu regra de transição a respeito da usucapião (art. 2.029), ocupou-se apenas das hipóteses previstas nos parágrafos únicos dos arts. 1.238 e 1.242, afastando, assim, o disposto no art. 2.028. Desse modo, inexistindo norma de transição específica, os prazos estabelecidos no *caput* dos aludidos artigos incidem diretamente, em analogia ao entendimento consubstanciado no Enunciado n. 445 da Súmula do STF. O proprietário possuiria, desse modo, o prazo de *vacatio legis* do Código Civil para proceder à defesa de seus interesses".

Com o devido respeito, posiciona-se em sentido contrário, pois a regra de transição do art. 2.028 da codificação tem justa e correta aplicação às hipóteses citadas, uma vez que os prazos da usucapião ordinária e extraordinária foram reduzidos pela atual codificação frente à anterior. Ademais, não se pode surpreender o proprietário com a redução de prazo. Por isso, este autor votou contra o enunciado quando da plenária da *VI Jornada de Direito Civil*.

A encerrar a análise das questões de direito intertemporal, o próprio Mário Luiz Delgado traz interessante indagação quanto ao art. 2.029 do CC: se, no caso de usucapião extraordinária por *posse-trabalho* (art. 1.238, parágrafo único, do CC), tiver transcorrido 15 anos da posse exercida, poderia já a parte requerer a usucapião, uma vez transcorrido os mencionados 12 anos que a norma intertemporal exige? O autor responde negativamente, pois "o acréscimo de dois anos tem a finalidade exatamente de evitar uma surpresa ao proprietário".[74] Conclui o doutrinador, com correção, que o acréscimo de dois anos deve ocorrer de qualquer forma, contado a partir de 11 de janeiro de 2003.[75]

7.4.6.2.4 A questão da usucapião de bens públicos

Superada essa primeira questão controvertida, a segunda se refere à questão da usucapião dos bens públicos. Como outrora destacado, a CF/1988 proíbe expressamente a usucapião de imóveis públicos, sejam urbanos ou rurais (arts. 183, § 3.º, e 191, parágrafo único). O CC/2002 reproduziu a regra em seu art. 102, sendo esse o caminho seguido pela doutrina e pela jurisprudência majoritárias, inclusive nos Tribunais Superiores (entre os julgados mais recentes: STJ, REsp 864.449/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, j. 15.12.2009, *DJe* 08.02.2010).

Apesar da literalidade da norma, há juristas que defendem a possibilidade de usucapião de bens públicos. Entre os clássicos, Sílvio Rodrigues sustentava a sua viabilidade, desde que a usucapião atingisse os bens públicos dominicais, caso das terras devolutas.[76] O argumento utilizado era no sentido de que, sendo alienáveis, tais bens seriam prescritíveis e usucapíveis.

Entre os doutrinadores contemporâneos, a tese de usucapião dos bens públicos é amplamente defendida por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, merecendo destaque as suas palavras:

> "A nosso viso, a absoluta impossibilidade de usucapião sobre bens públicos é equivocada, por ofensa ao princípio constitucional da função social da posse e, em última instância, ao próprio princípio da proporcionalidade. Os bens públicos poderiam ser divididos em materialmente e formalmente públicos. Estes seriam aqueles registrados em nome da pessoa jurídica de Direito Público, porém excluídos de qualquer forma de ocupação, seja para moradia ou exercício de atividade produtiva. Já os bens materialmente públicos seriam aqueles aptos a preencher critérios de legitimidade e merecimento, postos dotados de alguma função social.
>
> Porém, a Constituição Federal não atendeu a esta peculiaridade, olvidando-se de ponderar o direito fundamental difuso à função social com o necessário dimensionamento do bem público, de acordo com a sua conformação no caso concreto. Ou seja: se formalmente público, seria possível a usucapião, satisfeitos os demais requisitos; sendo materialmente públicos, haveria óbice à usucapião. Esta seria a forma mais adequada de tratar a matéria, se lembrarmos que, enquanto o bem privado 'tem' função social, o bem público 'é' função social".[77]

A tese da usucapião de bens públicos é sedutora, merecendo a adesão deste autor. Para tanto, deve-se levar em conta o princípio da função social da propriedade. Clama-se pela alteração do Texto Maior, até porque, muitas vezes, o Estado não atende a tal regramento fundamental ao exercer o seu domínio. Como passo inicial para essa mudança de paradigmas, é importante flexibilizar o que consta da CF/1988. Anote-se que há julgados estaduais recentes admitindo a usucapião das terras devolutas (ver: TJSP, Apelação 991.06.028414-0, Acórdão 4576364, Presidente Epitácio, Décima Nona Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Mário de Oliveira, j. 08.06.2010, *DJESP* 14.07.2010 e TJSP, Apelação 991.04.007975-9, Acórdão 4241892, Presidente Venceslau, Décima Nona Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Conti Machado, j. 24.11.2009, *DJESP* 29.01.2010).

Em suma, cabe à doutrina e à jurisprudência a tarefa de rever esse antigo paradigma, alterando-se a legislação superior. Olhando para o futuro, baseada na *funcionalização* dos institutos, essa parece ser a tendência. É o que se espera, pelo menos.

7.4.6.3 *Do registro do título*

O registro do título aquisitivo é a principal forma derivada de aquisição da propriedade imóvel, regulamentada entre os arts. 1.245 a 1.247 do CC. Sendo forma derivada, o novo proprietário do bem é responsável pelas dívidas que recaem sobre a coisa, caso dos tributos. Quanto à compra e venda, uma das principais formas de transmissão *inter vivos*, há regra específica nesses termos, conforme o art. 502 do CC ("O vendedor, salvo convenção em contrário, responde por todos os débitos que gravem a coisa até o momento da tradição").

Nos termos do art. 108 do CC/2002, os contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis devem ser feitos por escritura pública, se o imóvel tiver valor superior a trinta salários mínimos. A escritura pública é lavrada no Tabelionato de Notas, de qualquer local do País, não importando a localização do imóvel. Se o imóvel tiver valor igual ou inferior a trinta salários mínimos, está dispensada a escritura pública, podendo o contrato ser celebrado por instrumento particular, eis que em regra a forma é livre (art. 107 do CC).

Esse esclarecimento inicial é útil para apontar que a escritura pública não serve para a aquisição da propriedade imóvel, sendo apenas uma formalidade que está no plano da validade dos contratos de constituição ou transmissão de bens (art. 104, inc. III, do CC – menção à forma prescrita e não defesa em lei). O registro imobiliário, que se situa no plano da eficácia do contrato, é que gera a aquisição da propriedade imóvel, e deve ocorrer no Cartório de Registro de Imóveis do local de situação da coisa (arts. 1.º, IV, e 167 a 171 da Lei 6.015/1973 – Lei de Registros Públicos). Da mesma forma, estatui o art. 1.227 do CC/2002 que "Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código".

Com tom suplementar ao que consta do art. 1.227, dispõe o art. 1.245 do CC que se transfere entre vivos a propriedade mediante o *registro do título translativo* no Registro de Imóveis. O atual Código Civil substitui a antiga menção à *transcrição do título* pelo termo destacado (arts. 531 a 534 do CC/1916). Tal registro gera uma presunção relativa de propriedade, conforme reconhece enunciado aprovado na *V Jornada de Direito Civil* (Enunciado n. 503).

Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel (art. 1.245, § 1.º, do CC). Além disso, enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel, o que é consagração da *teoria da aparência* (art. 1.245, § 2.º, do CC). Complementando, na *I Jornada de Direito Civil*, aprovou-se o Enunciado n. 87 do CJF/STJ, prevendo: "Considera-se também título translativo, para fins do art. 1.245 do novo Código Civil, a promessa de compra e venda devidamente quitada (arts. 1.417 e 1.418 do CC e § 6.º do art. 26 da Lei 6.766/1979)". O enunciado doutrinário ressalta a importância prática do compromisso de compra e venda, seja registrado ou não, para os fins de aquisição do domínio.

De acordo do que consta do art. 1.246 do CC, o registro é eficaz desde o momento em que se apresentar o título ao oficial do registro, e este o prenotar no protocolo. O dispositivo consagra o *princípio da prioridade*, também retirado da Lei de Registros Públicos, e que decorre da prenotação do título do protocolo do Cartório de Registro Imobiliário.

Em complemento, se o teor do registro não exprimir a verdade, poderá o interessado reclamar que se retifique ou anule (art. 1.247 do CC). Essa ação de *retificação* ou *anulação* demonstra que o registro pode ser alterado, havendo falsidade (art. 213 da Lei 6.015/1973). A ação de retificação corre perante a Vara de Registros Públicos, se houver, ou na Vara Cível. Cancelado o registro, poderá o proprietário reivindicar o imóvel, independentemente da boa-fé ou do título do terceiro adquirente, pois o registro traz presunção do domínio (art. 1.247, parágrafo único, do CC).

Constata-se que, após longo debate no Direito Brasileiro, que confrontou Pontes de Miranda e Clóvis do Couto e Silva, o Código Civil Brasileiro de 2002 adotou nesse comando o sistema causal,

defendido pelo último. Assim, é possível afastar o registro imobiliário, quando a sua causa não condiz com a realidade. Não se filiou, assim, ao sistema abstrato, pelo qual o registro se bastava por si só, conforme defendia Pontes de Miranda.

De toda sorte, o comando deveria fazer concessões à boa-fé de terceiros e à teoria da aparência, especialmente pelo fato de a atual codificação privada adotar a eticidade como um dos seus princípios. Sobre o tema, aliás, muito bem expôs Leonardo Brandelli em sua tese de doutorado defendida na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, obra que será em breve publicada.[78]

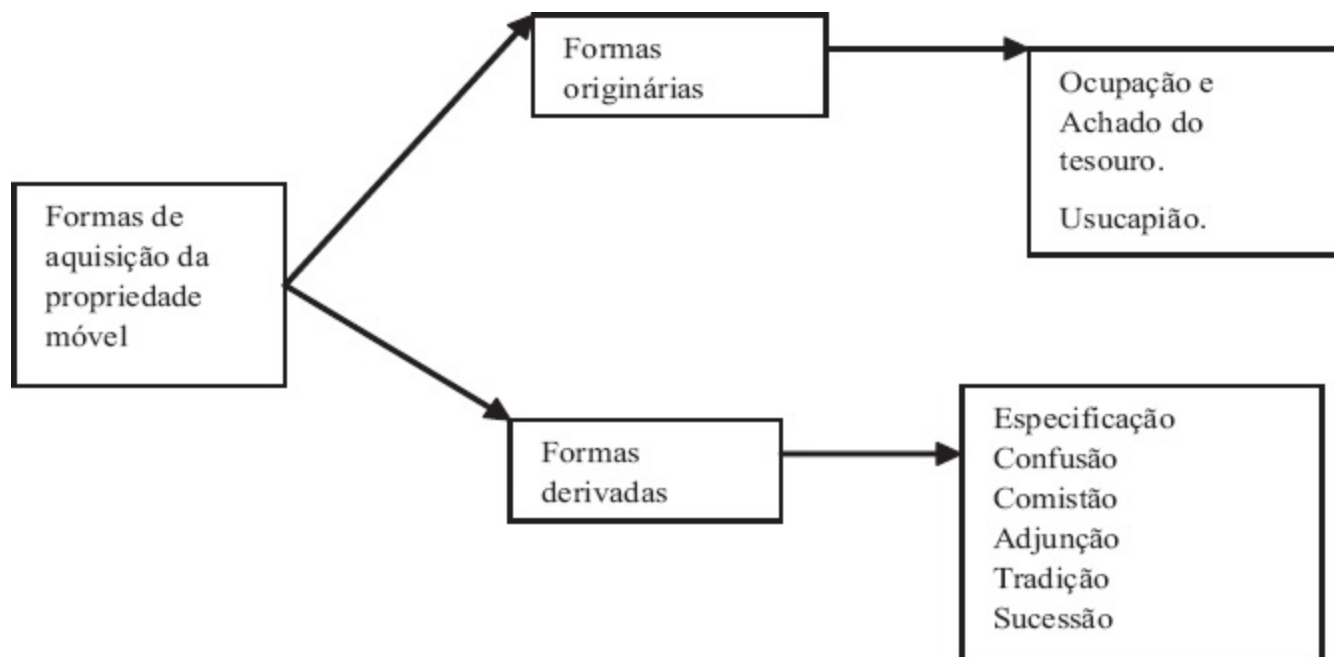
7.4.6.4 *Da sucessão hereditária de bens imóveis*

O direito hereditário ou sucessão constitui a forma de transmissão derivada da propriedade que se dá por ato *mortis causa*, em que o herdeiro legítimo ou testamentário ocupa o lugar do *de cujus* em todos os seus direitos e deveres. Enuncia o art. 1.784 do CC que aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários. Houve alteração substancial quanto ao dispositivo, pois o art. 1.572 do CC/1916 mencionava a transmissão do domínio e da posse aos herdeiros. Agora a menção é à herança, em sentido mais amplo e mais correto tecnicamente.

Surge aqui razão de importância quanto ao momento da morte, pois ocorrendo esta e sendo aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários. Este é o princípio da *saisine*, um dos mais importantes do Direito Civil.

Observe-se que, com a mudança de redação do art. 1.784 do Código em vigor, não se faz necessária a transcrição no registro de imóveis para que se verifique a transmissão da propriedade, pois de acordo com o CC/2002 basta a morte para que a propriedade seja transmitida aos herdeiros.

7.4.7 Formas de aquisição da propriedade móvel

A aquisição da propriedade móvel representa a incorporação dos direitos de dono em um titular. Se de um lado uma pessoa adquire a propriedade de uma coisa móvel, por outro lado, outra a perde, concomitantemente. Em conclusão, no presente ponto da matéria, a aquisição e a perda da propriedade são analisadas em um só momento. Vejamos o esquema geral relativo ao tema e o estudo pontual das categorias:

7.4.7.1 *Da ocupação e do achado do tesouro. O estudo da descoberta*

Nos termos do art. 1.263 do CC, aquele que assenhorear de coisa sem dono para logo lhe adquire a propriedade, não sendo essa *ocupação* proibida em lei. Assim, a pessoa que adquire um bem que não pertence a qualquer pessoa (*res nullius*), o faz de forma originária, por meio da *ocupação*. Ilustrando, a ocupação está presente nos casos envolvendo a caça e a pesca, nos termos do que prevê a Lei 5.197/1967 (proteção da fauna) e a Lei 11.959/2009 (que dispõe sobre a Política Nacional Sustentável da Aquicultura e Pesca). Sem prejuízo de todas as restrições constantes desses diplomas legislativos, não se pode esquecer que a ocupação desses bens não pode causar danos ambientais, nos termos do art. 225 da CF/1988 e da Lei 6.938/1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente).

Ainda pode ser objeto de ocupação a coisa abandonada por alguém, em virtude da *derrelição* (*res derelictae*). A título de exemplo pode ser citado o caso de alguém que encontra um cão abandonado por outrem, adquirindo a sua propriedade. Ressalve-se que se o cão é perdido, a pessoa que o encontra não lhe adquire o domínio, até porque muitas vezes o dono o está procurando, com a estipulação de uma promessa de recompensa (arts. 854 a 860 do CC). Como esclarece Orlando Gomes, a *coisa abandonada* (*res derelictae*) não se confunde com a *coisa perdida* (*res perdita*), pois "Quem perde uma coisa não perde a sua propriedade; privado estará, enquanto não a encontrar, de exercer o domínio, mas, nem por isso, a coisa deixará de ter dono. Ocupação, portanto, só se realiza de coisa abandonada, nunca de coisa perdida. Haverá, neste caso, invenção".[79] Ao atualizar esse último conceito, a *invenção* do Código de 1916 (arts. 603 a 606), no Código Civil de 2002, é tratada como *descoberta* (arts. 1.233 a 1.237).

Antes de estudar o instituto, é preciso verificar as regras do *achado do tesouro* em propriedade

particular, do mesmo modo forma de aquisição originária da propriedade móvel. O art. 1.264, 1.ª parte, do CC conceitua o tesouro como sendo o depósito antigo de coisas preciosas, oculto e de cujo dono não haja memória. As suas regras fundamentais são as seguintes:

> *1.ª Regra: O tesouro será dividido por igual entre o proprietário do prédio e o que achá-lo casualmente, agindo de boa-fé* (art. 1.264, 2.ª parte, do CC) – "*achei no do outro de boa-fé: meio a meio*".
>
> *2.ª Regra: O tesouro pertencerá por inteiro ao proprietário do prédio privado, se for achado por ele, ou em pesquisa que ordenou, ou por terceiro não autorizado* (art. 1.265 do CC) – "*achei no meu, é meu*".
>
> *3.ª Regra: Se o tesouro for achado em terreno aforado, será dividido por igual entre o descobridor e o enfiteuta, ou será deste por inteiro quando ele mesmo seja o descobridor* (art. 1.266 do CC). Errou o legislador ao fazer menção à enfiteuse, cuja instituição está proibida pelo CC/2002 (art. 2.038).[80] O legislador perdeu a oportunidade de fazer menção a outros direitos reais sobre coisa alheia, caso da superfície, podendo-se entender pela aplicação da regra por analogia à última categoria.

As regras destacadas subsumem-se aos casos em que o tesouro é encontrado em propriedade privada. Se for encontrado em terreno público, por óbvio, será do Estado.

A respeito da descoberta, enuncia o art. 1.233 do CC que quem quer que ache coisa alheia perdida (*res perdita*), deverá restituí-la ao dono ou legítimo possuidor, o que tem relação direta com a vedação do enriquecimento sem causa. Eventualmente, se o descobridor da coisa não conhecer o dono, deverá tomar todas as medidas para encontrá-lo, guiado pela boa-fé. Se não o encontrar, entregará a coisa achada à autoridade competente (parágrafo único do art. 1.233 do CC). Essa autoridade competente, nos termos do art. 1.170 do CPC, é a autoridade policial ou o juiz de direito.

A autoridade competente dará conhecimento da descoberta através da imprensa e de outros meios de informação, somente expedindo editais se o seu valor os comportar (art. 1.236 do CC). Decorridos sessenta dias da divulgação da notícia pela imprensa, ou do edital, não se apresentando quem comprove a propriedade sobre a coisa, será esta vendida em hasta pública e, deduzidas do preço as despesas, mais a recompensa do descobridor, pertencerá o remanescente ao Município em cuja circunscrição se deparou o objeto perdido. Sendo de diminuto valor, poderá o Município abandonar a coisa em favor de quem a achou, hipótese em que o descobridor adquirirá a propriedade (art. 1.237 do CC).

Eventualmente, comparecendo o dono ou o legítimo possuidor dentro do prazo do edital e provando o seu direito, o juiz, ouvido o órgão do Ministério Público e o representante da Fazenda Pública, mandará entregar-lhe a coisa (art. 1.172 do CPC). Se a coisa não for reclamada, será avaliada e alienada em hasta pública e, deduzidas do preço as despesas e a recompensa do descobridor, o saldo pertencerá, na forma da lei, à União, ao Estado ou ao Distrito Federal (art. 1.173 do CPC).

Se o dono preferir abandonar a coisa, ou seja, se a coisa perdida (*res perdita*) for convertida em abandonada (*res derelictae*), poderá o descobridor requerer que lhe seja adjudicada (art. 1.174 do CPC).

Aquele que restituir a coisa achada, terá direito a uma recompensa, que não pode ser inferior a cinco por cento (5%) do seu valor, e à indenização pelas despesas que houver feito com a conservação e transporte da coisa, se o dono não preferir abandoná-la (art. 1.234 do CC). Essa recompensa é denominada *achádego*, pois decorre do ato de *achar* coisa alheia. Em suma, não querendo o dono pagar a recompensa, poderá abandoná-la, hipótese em que o descobridor, como exceção, adquire a propriedade móvel.

Na determinação do montante do *achádego*, a lei civil dispõe que deve ser considerado o esforço desenvolvido pelo descobridor para encontrar o dono, ou o legítimo possuidor, as possibilidades que teria este de encontrar a coisa e a situação econômica de ambos (art. 1.234, parágrafo único, do CC). A recompensa deve ser fixada com equidade, cabendo análise caso a caso pelo juiz da causa onde ela será fixada.

Por fim, o art. 1.235 do CC determina que o descobridor responde pelos prejuízos causados ao proprietário ou possuidor legítimo quando tiver procedido com dolo. Em suma, o descobridor não responde por culpa, mas apenas pela clara intenção de prejudicar, o que deve ser provado pela outra parte, nos termos do art. 333, inc. I, do CPC.

7.4.7.2 *Da usucapião de bens móveis*

Existem duas formas de usucapião de bens móveis, a *ordinária* (art. 1.260 do CC) e a *extraordinária* (art. 1.261 do CC):

→ *Usucapião ordinária* – Aquele que possuir coisa móvel como sua, contínua e incontestadamente, durante três anos, com justo título e boa-fé, adquirir-lhe-á a propriedade. Portanto, são requisitos da *usucapião ordinária* de bens móveis a posse mansa, pacífica em com intenção de dono por três anos, o justo título e a boa-fé. Para a caracterização do que seja justo título, do mesmo modo pode ser aplicado o Enunciado n. 86, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, pelo qual a expressão justo título, contida nos arts. 1.242 e 1.260 do CC, abrange todo e qualquer ato jurídico hábil, em tese, a transferir a propriedade, independentemente de registro.

→ *Usucapião extraordinária* – Se a posse da coisa móvel se prolongar por cinco anos, produzirá usucapião extraordinária, independentemente de título ou boa-fé, que se presumem de forma absoluta.

Por razões óbvias, as formas constitucionais ou especiais de usucapião imobiliária não se aplicam aos bens móveis.

Partindo para a exemplificação, o exemplo típico de usucapião envolvia as linhas telefônicas,

nos termos da Súmula 193 do STJ. Porém, as linhas telefônicas perderam o valor de mercado de outrora, não tendo, em realidade, valor algum. Na atualidade, as principais questões da usucapião mobiliária se referem aos veículos, principalmente aos alienados fiduciariamente. Ilustrando, do STJ:

> "Direito civil. Usucapião. Bem móvel. Alienação fiduciária. Aquisição da posse por terceiro sem consentimento do credor. Impossibilidade. Ato de clandestinidade que não induz posse. Inteligência do art. 1.208 do CC de 2002. Recurso especial conhecido e provido. 1. A transferência a terceiro de veículo gravado como propriedade fiduciária, à revelia do proprietário (credor), constitui ato de clandestinidade, incapaz de induzir posse (art. 1.208 do Código Civil de 2002), sendo por isso mesmo impossível a aquisição do bem por usucapião. 2. De fato, em contratos com alienação fiduciária em garantia, sendo o desdobramento da posse e a possibilidade de busca e apreensão do bem inerentes ao próprio contrato, conclui-se que a transferência da posse direta a terceiros – porque modifica a essência do contrato, bem como a garantia do credor fiduciário – deve ser precedida de autorização. 3. Recurso Especial conhecido e provido" (REsp 881.270/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 02.03.2010, *DJE* 19.03.2010).

Questão polêmica se refere à usucapião de veículo furtado, havendo entendimento do Superior Tribunal de Justiça pela sua impossibilidade em caso envolvendo a usucapião ordinária (REsp 247.345/MG, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.12.2001, *DJ* 25.03.2002, p. 272). Todavia, anote-se que, doutrinariamente, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald são favoráveis à usucapião em casos tais, uma vez que cessa a violência no momento posterior à prática do ilícito, tendo início a partir daí a contagem do prazo legal.[81]

Superados os exemplos práticos e encerrando o estudo da usucapião de bens móveis, dispõe o art. 1.262 do CC que devem ser aplicados à usucapião de bem móvel o constante dos arts. 1.243 e 1.244 do CC. Há, portanto, uma aplicação residual de duas regras relativas à usucapião de imóvel. A primeira delas consagra que o possuidor pode, para o fim de contar o tempo exigido pelos artigos antecedentes, acrescentar à sua posse a dos seus antecessores (art. 1.207), contanto que todas sejam contínuas, pacíficas e, no caso do art. 1.242, com justo título e de boa-fé (*accessio possessionis*). A segunda é aquela que determina que se estende ao possuidor o disposto quanto ao devedor acerca das causas que obstam, suspendem ou interrompem a prescrição.

7.4.7.3 Da especificação

Partindo para a abordagem das formas derivadas de aquisição da propriedade móvel – com intermediação pessoal –, a especificação consiste na transformação da coisa em uma espécie nova, diante do trabalho do especificador, não sendo mais possível o retorno à forma anterior (art. 1.269 do CC). Para ilustrar, há especificação nos casos da escultura em relação à pedra, da pintura em relação à tela, da poesia em relação ao papel. A modificação é substancial, pois surgiu espécie nova: a pedra agora é uma linda estátua, a tela é um belo quadro, o papel uma importante obra literária.

Vejamos as regras fundamentais da categoria que têm relação direta com a vedação do enriquecimento sem causa:

> *1.ª Regra: A espécie nova surgida será de propriedade do especificador, se não for possível retornar à situação anterior* (art. 1.269 do CC). Trata-se da norma fundamental da especificação, que se justifica, pois há uma alteração substancial da coisa, o que faz que, por uma reação física, surja outra. O trabalho de alteração é considerado principal, enquanto que a matéria-prima é acessória, razão pela qual a atuação do especificador prevalece. Ressalve-se que, pelo que consta do art. 1.271 do CC, o especificador indenizará o valor da matéria-prima ao seu dono.
>
> *2.ª Regra: Se toda a matéria-prima for alheia e não se puder reduzir à forma precedente, será do especificador de boa-fé a espécie nova* (art. 1.270 do CC). A exemplificar, um escultor encontra uma pedra sabão em uma das ruas de Ouro Preto, elaborando uma linda escultura de um profeta de Aleijadinho. Após elaborar o trabalho, o escultor (especificador) vem a descobrir que a pedra é de terceiro. Nesse caso, a escultura será sua, pois agiu de boa-fé. Entretanto, o escultor deverá indenizar o dono da pedra pelo seu valor, o que veda o enriquecimento sem causa.
>
> *3.ª Regra: Sendo possível a redução ao estado anterior; ou quando impraticável, se a espécie nova se obteve de má-fé, pertencerá ao dono da matéria-prima* (art. 1.270, § 1.º, do CC). Como a má-fé induz à culpa, não poderá o especificador que age por ela guiado, adquirir a propriedade do produto da transformação. Desse modo, o dono da coisa nova será o proprietário da matéria-prima. Em complemento, para o caso em que é impraticável a volta ao estado anterior, consagra o art. 1.271 do CC que o especificador de má-fé não terá direito sequer à indenização pelo trabalho.
>
> *4.ª Regra: Em qualquer caso, inclusive no da pintura em relação à tela, da escultura, escritura e outro qualquer trabalho gráfico em relação à matéria-prima, a espécie nova será do especificador, se o seu valor exceder consideravelmente o da matéria-prima* (art. 1.270, § 2.º, do CC). Esse excesso considerável deve ser analisado caso a caso, levando-se em conta o valor de mercado da matéria-prima e a grandiosidade do trabalho efetuado. Também aqui, pelo que consta do art. 1.271 do CC, o especificador que adquire a coisa nova deverá indenizar o dono da matéria-prima pelo seu valor.

7.4.7.4 *Da confusão, da comistão e da adjunção*

Antes de mais nada, interessante esclarecer que consta em muitos Códigos publicados a expressão *comissão*, quando o certo é *comistão* (Seção IV, Capítulo III, Título III, do Livro do Direito das Coisas, antes do art. 1.272 do CC). Na realidade, houve um erro gráfico na elaboração final do CC/2002, o que deve ser corrigido pelo atual Projeto de Lei 699/2011.[82]

As três categorias que ora se estuda são formas derivadas de aquisição da propriedade móvel e estão presentes quando coisas pertencentes a pessoas diversas se misturam de tal forma que é impossível separá-las:

> a) *Confusão* – mistura entre coisas líquidas (ou mesmo de gases), em que não é possível a separação. Pode ser definida *confusão real*, o que é importante para diferenciá-la da *confusão obrigacional*, forma de pagamento indireto em que se confundem, na mesma pessoa, as qualidades de credor e de devedor (arts. 382 a 384 do CC). Exemplos: misturas de água e vinho; de álcool e gasolina; de nitroglicerina (TNT).

b) *Comistão* – mistura de coisas sólidas ou secas, não sendo possível a separação. Exemplos: misturas de areia e cimento ou de cereais de safras diferentes, não sendo possível identificar a origem.

c) *Adjunção* – justaposição ou sobreposição de uma coisa sobre outra, sendo impossível a separação. Exemplos: tinta em relação à parede; selo valioso em álbum de colecionador.

As regras fundamentais relativas aos institutos são as seguintes:

1.ª Regra: As coisas pertencentes a diversos donos, confundidas, misturadas ou adjuntadas sem o consentimento deles, continuam a pertencer-lhes, sendo possível separá-las sem deterioração (art. 1.272, *caput*, do CC). Em suma, sendo possível retornar ao estado anterior (*status quo ante*), sem que isso desvalorize as coisas misturadas, esse é o caminho a ser percorrido.

2.ª Regra: *Não sendo possível a separação das coisas, ou exigindo dispêndio excessivo, permanece o estado de indivisão, cabendo a cada um dos donos quinhão proporcional ao valor da coisa com que entrou para a mistura ou agregado* (art. 1.272, § 1.º, do CC). Cada um dos proprietários dos bens móveis terá direito ao valor que corresponder ao seu quinhão. Como não é possível determinar um quinhão real, procura-se um quinhão ideal. Nesses casos, se uma das coisas puder ser considerada como principal, o dono desse principal será o dono do todo, indenizando os demais pelos valores que corresponderem aos seus quinhões (art. 1.272, § 2.º, do CC). Exemplo: havendo mistura de areia com cimento e sendo impossível o retorno ao estado anterior, o dono da parte mais valiosa (do cimento), considerado como principal, ficará com o todo, devendo indenizar o dono do acessório (areia).

3.ª Regra: Se a confusão, comissão ou adjunção se operou de má-fé, à outra parte que estiver de boa-fé caberá escolher entre: a) adquirir a propriedade do todo, pagando o que não for seu, abatida a indenização que lhe for devida, ou b) renunciar ao que lhe pertencer, caso em que será indenizado de forma integral (art. 1.273 do CC). A norma tem a sua razão de ser, punindo o proprietário que agiu de má-fé no ato de misturar, o que induz à sua culpa. Por isso é que são colocadas à disposição do proprietário de boa-fé duas opções, de acordo com a sua livre vontade.

4.ª Regra: "*Se da união de matérias de natureza diversa se formar espécie nova, à confusão, comissão ou adjunção aplicam-se as normas dos arts. 1.272 e 1.273*" (art. 1.274 do CC). É o caso que da mistura de minerais surja um novo. Aqui, houve um erro de digitação na literalidade da norma, pois o dispositivo manda aplicar os arts. 1.272 e 1.273 do CC. Na verdade, como há o surgimento de uma espécie nova, o caso é de especificação, devendo ser aplicados os arts. 1.270 e 1.271 do CC, segundo a melhor doutrina.[83]

7.4.7.5 *Da tradição*

Consoante antes exposto, a tradição (*traditio rei*) é a entrega da coisa ao adquirente, com a intenção de lhe transferir a sua propriedade ou a posse. Consoante determina o *caput* do art. 1.267 do CC, "a propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição". Assim, repise-se que contratos como a compra e venda e a doação, por si só, não têm o condão de gerar a aquisição da propriedade móvel, o que somente ocorre com a entrega da coisa.

Lembre-se que a tradição pode ser *real, simbólica* ou *ficta*, o que foi exposto quando do estudo da posse. Tal classificação pode ser retirada do parágrafo único do art. 1.267 do CC, pelo qual se

subentende a tradição:

- Quando o transmitente continua a possuir pelo constituto possessório (*tradição ficta*).
- Quando o transmitente cede ao adquirente o direito à restituição da coisa, que se encontra em poder de terceiro (tradição simbólica – *traditio longa manu*).
- Quando o adquirente já está na posse da coisa, por ocasião do negócio jurídico (tradição ficta – *tradição brevi manu*).

O art. 1.268 do CC trata da alienação *a non domino*, aquela realizada por quem não é o dono da coisa móvel. Nessas situações, a tradição não aliena a propriedade, exceto se a coisa, oferecida ao público, em leilão ou estabelecimento comercial, for transferida em circunstâncias tais que, ao adquirente de boa-fé, como a qualquer pessoa, o alienante se afigurar dono. De início, o dispositivo deixa claro que o caso é de ineficácia da venda, atingindo o *terceiro degrau da Escada Ponteana*. Não se pode dizer que o caso é de invalidade (segundo degrau), pois não há previsão de que o negócio seja nulo ou anulável, nos arts. 166, 167 ou 171 do CC. O próprio STJ assim já entendeu, ainda na vigência do CC/1916 (REsp 39.110/MG, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 28.03.1994, *DJ* 25.04.1994, p. 9.260).

Ato contínuo de análise do art. 1.268, se alguém adquiriu o bem de boa-fé, esta deve prevalecer sobre a ineficácia decorrente da venda *a non domino*. Trata-se da boa-fé objetiva, eis que reconhecida como preceito de ordem pública (Enunciado n. 363 do CJF/STJ), a prevalecer sobre a ineficácia. Em suma, em se tratando de bens móveis, a lei faz concessões à teoria da aparência e à eticidade, o que, infelizmente e como visto, não ocorre com os bens imóveis. Aplicando bem a ideia, colaciona-se julgado do Tribunal Gaúcho:

> "Apelação cível. Posse e propriedade de bem móvel. Veículo automotor supostamente furtado, alienado ao autor por terceiro. Indícios de má-fé do réu, proprietário, supostamente vítima de furto (falsidade ideológica). Boa-fé do adquirente. Impossibilidade de averiguação da falsidade da situação pelo adquirente. Indícios de conluio do demandado revel. Evidências de compossibilidade de aplicação do art. 1.268 do Código Civil. Procedência da ação. Manutenção da sentença. Apelo desprovido" (TJRS, Apelação Cível 70026844548, Porto Alegre, Nona Câmara Cível, Rel.ª Des.ª Marilene Bonzanini Bernardi, j. 30.09.2009, *DJERS* 07.10.2009, p. 52).

Em continuidade, o § 1.º do art. 1.268 do CC constitui novidade parcial bem interessante, enunciando que, se o adquirente estiver de boa-fé e o alienante adquirir depois a propriedade, considera-se realizada a transferência desde o momento em que ocorreu a tradição. O dispositivo está a prever que a venda *a non domino*, inicialmente ineficaz, passa a ter eficácia plena, diante da presença da boa-fé e da aquisição superveniente por parte do alienante.

A ilustrar, se alguém vende um veículo pensando que a propriedade já lhe pertence, o que é um engano, haverá uma venda *a non domino* e, portanto, um negócio ineficaz. Mas, se o veículo foi adquirido de boa-fé e havendo a transferência posterior, o ato se torna plenamente eficaz. Deve-se

entender que essa eficácia superveniente tem efeitos *ex tunc* (retroativos), até a data da celebração do negócio original, uma vez que há uma confirmação posterior. É pertinente esclarecer que a inovação do CC/2002 se refere à redação, pois o art. 622, *caput*, do CC/1916 referia-se à *revalidação do ato*. Repise-se que atualmente a questão não envolve o plano da validade, mas o plano da eficácia.

Para findar o estudo da tradição como forma de aquisição da propriedade móvel, determina o § 2.º do art. 1.268 do CC que não transfere a propriedade a tradição, quando tiver por título um negócio jurídico nulo. Obviamente, se houver nulidade absoluta do título ou negócio que dá fundamento à tradição, não há que se falar em transmissão.

7.4.7.6 *Da sucessão hereditária de bens móveis*

Pelo que consta do art. 1.784 do CC, o direito sucessório pode gerar a aquisição derivada da propriedade móvel, seja a sucessão legítima ou testamentária em sentido genérico (testamento, legado ou codicilo). Valem os comentários que foram feitos anteriormente para a aquisição de bens imóveis.

7.4.8 Da perda da propriedade imóvel e móvel

Sem prejuízo dos casos antes expostos, em que ocorre de forma concomitante a aquisição e a perda da propriedade, seja imóvel ou móvel, o art. 1.275 elenca outras hipóteses de perda da propriedade:

a) *Pela alienação* – consiste na transmissão do direito de propriedade de um patrimônio a outro, como ocorre nos contratos de compra e venda, de troca ou permuta e no de doação. Em casos envolvendo imóveis, há necessidade do registro no Cartório de Registro Imobiliário (CRI), eis que o contrato traz apenas efeitos pessoais ou obrigacionais. No que interessa aos bens móveis, é necessária a tradição (art. 1.267 do CC).

b) *Pela renúncia* – constitui o ato unilateral pelo qual o proprietário declara, de forma expressa, a sua vontade de abrir mão de seu direito sobre a coisa.

c) *Por abandono* – o proprietário deixa a coisa com a intenção de não mais tê-la consigo, surgindo o conceito de *res derelictae*, diante da *derrelição*. Surgindo a coisa abandonada, qualquer pessoa pode adquiri-la, seja por meio da ocupação (bem móvel), seja por meio da usucapião (bem móvel ou imóvel), sendo que ambas são formas de aquisição originária.

d) *Por perecimento da coisa* – constitui a perda do objeto, como no caso em que uma pessoa que está em um navio deixa cair uma joia em alto-mar.

e) *Por desapropriação* – o CC/2002 trata tanto da desapropriação para fins de necessidade e interesse público (art. 1.228, § 3.º), quanto daquela desapropriação no interesse privado, diante da posse-trabalho (art. 1.228, §§ 4.º e 5.º).

Aprofundando, é necessário discorrer a respeito do abandono do imóvel, merecendo destaque o art. 1.276 do CC:

> "Art. 1.276. O imóvel urbano que o proprietário abandonar, com a intenção de não mais o conservar em seu patrimônio, e que, se não encontrar na posse de outrem, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade do Município ou à do Distrito Federal, se se achar nas respectivas circunscrições.
>
> § 1.º O imóvel situado na zona rural, abandonado nas mesmas circunstâncias, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade da União, onde quer que ele se localize.
>
> § 2.º Presumir-se-á de modo absoluto a intenção a que se refere este artigo, quando, cessados os atos de posse, deixar o proprietário de satisfazer os ônus fiscais".

Nota-se que o *caput* do dispositivo consagra o abandono do imóvel urbano, que pode ser arrecadado como vago e, após três anos, passará à propriedade do Município ou do Distrito Federal onde estiver situado. A inovação é substancial, pois o prazo antes previsto para o abandono de imóvel urbano era de dez anos (art. 589 do CC/1916). Na hipótese de imóvel rural, o prazo foi mantido, passando o bem à propriedade da União. Constate-se que o *critério da localização* é o norte fundamental para a destinação final do bem imóvel abandonado.

Mas a principal inovação, tão criticada e comentada, consta do § 2.º do comando, ao consagrar a presunção absoluta do abandono de imóvel (*iure et de iure*), no caso de não pagamento dos ônus fiscais pelos citados três anos, caso do IPTU, a título de exemplo. Há quem veja flagrante inconstitucionalidade no último dispositivo, caso do Professor Titular da USP Carlos Alberto Dabus Maluf:

> "É de causar espécie a possibilidade de ser considerado abandonado o imóvel cujo proprietário não venha pagando os impostos sobre ele devidos, uma vez que a inadimplência pode ter como causa, inclusive, a discussão, administrativa ou judicial, dos valores lançados, ou mesmo motivos de força maior, sendo tal possibilidade um autêntico confisco, vedado pela CF/1988, que assegura, também, o direito de propriedade maculado por essa hipótese".[84]

Aponta o jurista que o atual PL 699/2011 (antigo PL 6.960/2002) pretende extinguir a presunção absoluta referenciada pelo dispositivo, passando a constituir uma presunção relativa.[85] De fato, a menção à presunção relativa é mais interessante, cabendo análise casuística das hipóteses fáticas.

Pontue-se que alguns julgados recentes já aplicam o entendimento de que se trata de uma presunção relativa, e não absoluta. A título de ilustração, aresto do Tribunal Bandeirante, deduzindo que "consideração de que o fato de o imóvel litigioso encontrar-se desocupado não importa na presunção de abandono, nos termos do art. 1.276, § 2.º, do Novo Código Civil" (TJSP, Apelação Cível 0205033-69.2009.8.26.0002, Acórdão 7667252, São Paulo, Décima Nona Câmara de Direito Privado, Rel. Des. João Camillo de Almeida Prado Costa, j. 30.06.2014, *DJESP* 22.07.2014).

Por fim, a respeito do comando, merecem destaque os enunciados doutrinários aprovados nas *Jornadas de Direito Civil* a seguir expostos:

→ Enunciado n. 242 do CJF/STJ, da *III Jornada de Direito Civil* (2004): "A aplicação do art. 1.276 depende do devido processo legal, em que seja assegurado ao interessado demonstrar a não cessação da posse". Pelo teor da recomendação doutrinária, a caracterização do abandono de imóvel não pode ser automática, havendo a necessidade de um processo judicial para a sua declaração, assegurando-se o direito à ampla defesa e ao contraditório.

→ Enunciado n. 243 do CJF/STJ, também da *III Jornada* (2004): "A presunção de que trata o § 2.º do art. 1.276 não pode ser interpretada de modo a contrariar a norma-princípio do art. 150, IV, da Constituição da República". Nas palavras do seu proponente, o Desembargador do TJRJ Marco Aurélio Bezerra de Melo: "Não se pode entender que o inadimplemento dos ônus fiscais já caracteriza o abandono, pois assim poder-se-ia entender que estaríamos diante de uma regra inconstitucional por ofender o artigo 150, IV, da Constituição Federal que prevê entre as limitações ao poder de tributar a regra segundo a qual ao Estado é defeso 'utilizar tributo com efeito de confisco'. Para a correta aplicação, é fundamental que se entenda o abandono como um fato jurídico pelo qual a pessoa se despoja voluntariamente de um bem. Apenas após a ocorrência do referido fato é que surgirá mais um dado a confirmar o abandono, qual seja: o não recolhimento dos tributos que incidam sobre o imóvel".[86]

→ Enunciado n. 316 do CJF/STJ, da *IV Jornada de Direito Civil* (2006): "Eventual ação judicial de abandono de imóvel, caso procedente, impede o sucesso de demanda petitória". Dessa forma, tendo sido julgada procedente a exigida ação judicial para o reconhecimento do abandono, não há que se falar na procedência da ação reivindicatória proposta pelo antigo proprietário, que quer a coisa. Isso porque, por razões óbvias, as ações são incompatíveis entre si.

→ Enunciado n. 565 do CJF/STJ, da VI Jornada de Direito Civil (2013): "Não ocorre a perda da propriedade por abandono de resíduos sólidos, que são considerados bens socioambientais, nos termos da Lei n. 12.305/2012". De acordo com as suas justificativas, "a Lei n. 12.305/2012, ao prever, no art. 6.º, VIII, que o resíduo sólido consiste em bem 'econômico e de valor social, gerador de trabalho e renda e promotor de cidadania', impõe deveres ao proprietário, vedando que dos resíduos disponha de forma inadequada. Assim, tendo em vista os valores incidentes na tutela dos bens socioambientais, afasta-se a possibilidade de abandono de resíduos sólidos, que devem ter a destinação final ambientalmente adequada, com disposição final em aterro". O enunciado é polêmico por proibir o abandono irregular de tais bens, forçando o proprietário a permanecer com eles. Por outra via, trata-se de importante aplicação do princípio da função socioambiental da propriedade, que merece a atenção de todos os estudiosos do Direito Privado.

7.5 DIREITO DE VIZINHANÇA (ARTS. 1.277 A 1.313 DO CC)

7.5.1 Conceitos básicos

O CC/2002 (arts. 1.277 a 1.313), a exemplo do seu antecessor (arts. 554 a 587), continua regulando os direitos de vizinhança (Capítulo V do Livro que trata do Direito das Coisas), dividindo a matéria em sete seções:

- Do uso anormal da propriedade (Seção I, arts. 1.277 a 1.281 do CC).
- Das árvores limítrofes (Seção II, arts. 1.282 a 1.284 do CC).
- Da passagem forçada (Seção III, art. 1.285 do CC).

- Da passagem de cabos e tubulações (Seção IV, arts. 1.286 e 1.287), novidade introduzida pela codificação de 2002.
- Das águas (Seção V, arts. 1.288 a 1.296 do CC).
- Dos limites entre prédios e do direito de tapagem (Seção VI, arts. 1.297 e 1.298 do CC).
- Do direito de construir (Seção VII, arts. 1.299 a 1.313 do CC).

Vejamos alguns conceitos a respeito do instituto que ora se estuda:

– Washington de Barros Monteiro: "Os direitos de vizinhança constituem limitações impostas pela boa convivência social, que se inspira na lealdade e na boa-fé. A propriedade deve ser usada de tal maneira que torne possível a coexistência social. Se assim não se procedesse, se os proprietários pudessem invocar uns contra os outros seu direito absoluto e ilimitado, não poderiam praticar qualquer direito, pois as propriedades se aniquilariam no entrechoque de suas várias faculdades".[87]

– Orlando Gomes: "A vizinhança é um fato que, em Direito, possui o significado mais largo do que na linguagem comum. Consideram-se prédios vizinhos os que podem sofrer repercussão de atos propagados de prédios próximos ou que com estes possam ter vínculos jurídicos. São direitos de vizinhança os que a lei estatui por força desse fato".[88]

– Luciano de Camargo Penteado: "Usualmente, utiliza-se a expressão direitos de vizinhança para tratar de situações jurídicas vicinais, ou seja, do complexo de posições jurídicas de um sujeito, ativas ou passivas, que decorrem da relação intersubjetiva formada do fato de serem proprietários ou possuidores de prédios em proximidade tal que o exercício de atividade em um deles pode repercutir no aproveitamento que se faça do outro".[89]

– Marco Aurélio Bezerra de Melo: "Os chamados direitos de vizinhança são previsões legais que têm por objetivo regulamentar a relação social e jurídica que existe entre os titulares de direito real sobre imóveis, tendo em vista que a proximidade entre prédios ou apartamentos em edifícios (art. 19 da Lei 4.591/1964 e art. 1.336, IV, do CCB), não raro, gera animosidade e problemas de intrincada solução. Para atingir o desiderato de harmonização de relação entre vizinhos, a lei limita reciprocamente o exercício do direito de propriedade dos vizinhos, apontando para a preservação do interesse público e privado".[90]

Pelos conceitos expostos, nota-se que a *vizinhança não se confunde com a contiguidade*, ou seja, *prédios vizinhos podem não ser prédios contíguos*, pois os primeiros são aqueles que repercutem juridicamente uns nos outros, enquanto que os últimos são aqueles que estão um ao lado do outro.

Na esteira da doutrina exposta, clássica e contemporânea, observa-se que as normas relativas aos direitos da vizinhança constituem claras limitações ao direito de propriedade, em prol do bem comum, da paz social. Continuando essa ideia, não se pode esquecer que as obrigações que surgem da matéria são ambulatórias ou *propter rem*, acompanhando a coisa onde quer que ela esteja. Tais limitações revelam-se, muitas vezes, de forma bem específica, como ocorre com as regras relativas às árvores limítrofes, repercutindo no aspecto material e processual, com a viabilidade de medidas instrumentais para a proteção da propriedade prejudicada. A proteção constante do CC/2002 não exclui outras, constantes em leis especiais, caso do Estatuto da Cidade. Vejamos então as regras da atual codificação privada, de forma pontual.

7.5.2 Do uso anormal da propriedade

O dispositivo fundamental relativo ao tema é o art. 1.277, prevendo o seu *caput* que "O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha". De imediato, algumas conclusões podem ser retiradas do dispositivo:

> 1.ª Conclusão – As normas de direito de vizinhança não protegem somente o proprietário, mas também o possuidor, uma vez que o último pode tomar as devidas medidas em casos de perturbações praticadas por terceiros.
>
> 2.ª Conclusão – A norma consagra uma ampla proteção, relacionada com a **s**egurança, o **s**ossego e a **s**aúde dos habitantes do imóvel ("regra dos três Ss"). Ilustrando, havendo excesso de barulho decorrente de um prédio vizinho, o possuidor ou proprietário pode tomar as medidas necessárias para a sua cessação. O art. 1.277 do CC traz, na sua essência, uma preocupação com a proteção ambiental, nos termos do que consta do art. 225 da Constituição Federal. Nesse sentido, prevê o Enunciado n. 319 do CJF/STJ, aprovado na *IV Jornada de Direito Civil*, que "A condução e a solução das causas envolvendo conflitos de vizinhança devem guardar estreita sintonia com os princípios constitucionais da intimidade, da inviolabilidade da vida privada e da proteção ao meio ambiente". A proteção engloba a vida privada, nos termos do art. 5.º, X, da CF/1988 e do art. 21 do CC.
>
> 3.ª Conclusão – Várias medidas são colocadas à disposição daquele que está sendo perturbado, caso das medidas de tutela específica cabíveis nas obrigações de fazer e de não fazer, nos termos do art. 461 do CPC; a ação de dano infecto; a ação de nunciação de obra nova e mesmo a drástica medida da ação demolitória. Como não poderia ser diferente, do mesmo modo é possível a reparação de danos sofridos pelo vizinho, inclusive de natureza moral. A ilustrar, do Superior Tribunal de Justiça: "É devido o pagamento de indenização por dano moral pelo responsável por apartamento de que se origina infiltração não reparada por longo tempo por desídia, a qual provocou constante e intenso sofrimento psicológico ao vizinho, configurando mais do que mero transtorno ou aborrecimento. Salientou-se que a casa é, em princípio, lugar de sossego e descanso, não podendo, portanto, considerar de somenos importância os constrangimentos e aborrecimentos experimentados pela recorrente em razão do prolongado distúrbio da tranquilidade nesse ambiente – ainda mais quando foi claramente provocado por conduta culposa da recorrida e perpetuado por sua inércia e negligência em adotar providência simples, como a substituição do rejunte do piso de seu apartamento. (...). Precedentes citados: REsp 157.580/AM, *DJ* 21.02.2000, e REsp 168.073-RJ, *DJ* 25.10.1999" (STJ, REsp 1.313.641/RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 26.06.2012, publicado no *Informativo* n. *500*).

Não se pode desassociar a regra do art. 1.277 do CC da vedação do abuso de direito, havendo uma relação umbilical entre os institutos. Nessa trilha, vale transcrever a fórmula proposta por Carlos Alberto Dabus Maluf: "aquele que não usa da sua propriedade de modo ordinário, segundo as condições normais da situação do imóvel, do tempo e do lugar, mas antes procede com abuso do seu direito, sem o respeito devido à esfera de ação e aos interesses dos vizinhos, sem proveito próprio sério e legítimo, com mero intuito malévolo, ou por espírito de chicana, bem assim aquele que cria risco novo, exercendo uma atividade legítima, mas nociva a terceiros, será responsável pelos danos que produzir a estes e às coisas destes".[91]

Em complemento a essa ampla proteção que consta do *caput* do art. 1.277 do CC, dispõe o seu parágrafo único que devem ser proibidas as interferências externas, considerando-se a natureza da

utilização e a localização do prédio. Além disso, devem ser atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança. O comando traz critérios importantes para a determinação da existência ou não do uso anormal da propriedade, quais sejam a natureza da utilização e a localização do prédio. A concretizar, em uma área em uma localidade praiana destinada a bares noturnos (conforme normas regulamentares do próprio Município) deve existir uma tolerância maior ao barulho. O raciocínio não é o mesmo se a casa noturna ou o bar se localizar em uma região essencialmente residencial.

Em relação à divisão das edificações por zonas, no tocante às áreas urbanas, o Estatuto da Cidade trata do *plano diretor*, entre os seus arts. 39 a 42. Determina a citada norma que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas (art. 39, *caput*, da Lei 10.257/2001).

O plano diretor, aprovado por lei municipal, é considerado o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana (art. 40, *caput*, da Lei 10.257/2001), repercutindo nas questões de vizinhança, uma vez que acaba por determinar a existência ou não do uso anormal da propriedade.

O plano diretor, como mecanismo de organização dos municípios, é obrigatório nas cidades com mais de vinte mil habitantes; naquelas integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas; nas cidades onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4.º do art. 182 da CF/1988 (parcelamento ou edificação compulsórios, IPTU progressivo ou desapropriação mediante o pagamento de títulos da dívida pública); nas cidades integrantes de áreas de especial interesse turístico; e naquelas inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional (art. 41 do Estatuto da Cidade).

Voltando ao Código Civil, nos termos do art. 1.278, o direito de alegar o uso anormal da propriedade não prevalece quando as interferências forem justificadas por interesse público, caso em que o proprietário, ou o possuidor causador delas, pagará ao vizinho indenização cabível. Entre tantos exemplos concretos, mencione-se a hipótese em que o proprietário deve tolerar a passagem de rede elétrica pelo seu terreno (cite-se: TJRS, Processo 70011730066, Décima Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Mario Rocha Lopes Filho, Camaquã, j. 14.07.2005).

Sem prejuízo dessas regras, ainda que por decisão judicial devam ser toleradas as interferências, poderá o vizinho exigir a sua redução, ou eliminação, quando estas se tornarem possíveis (art. 1.279 do CC). Trazendo interessante aplicação do comando legal, colaciona-se:

> "Direito civil. Direito de vizinhança. Muro limítrofe. Ausência. Barulho. Vizinho. Incômodo. Redução. Possibilidade. Construção. Devida. Recurso improvido. Ainda que por decisão judicial devam ser toleradas as interferências, poderá o vizinho exigir a sua

redução, ou eliminação, quando estas se tornarem possíveis – inteligência do artigo 1.279, do Código Civil. O que divide os terrenos, não é um muro limítrofe, mas, sim, a parede de um dos cômodos da casa dos apelados. Indene de qualquer questionamento o fato de que o barulho provocado pelo veículo dos apelantes é lesivo ao sossego dos apelados. Deve ser mantida a condenação dos apelantes na construção da parede a fim de que o preenchimento dos espaços existentes entre as vigas que dão sustentação à estrutura da garagem reduza o incômodo dos apelados" (TJMG, Apelação Cível 1.0313.06.202219-6/0011, Ipatinga, Décima Sexta Câmara Cível, Rel. Des. Sebastião Pereira de Souza, j. 26.03.2008, *DJEMG* 18.04.2008).

O proprietário ou o possuidor tem direito a exigir do dono do prédio vizinho a demolição, ou a reparação deste, quando ameace ruína, bem como que lhe preste caução pelo dano iminente (art. 1.280 do CC). Assim, para encerrar o tema, são possíveis as seguintes demandas judiciais fundadas no uso anormal do domínio:

– *Ação de obrigação de fazer ou de não fazer* – nos moldes do art. 461 do CPC, com a possibilidade de fixação de multa ou *astreintes*.

– *Ação de reparação de danos* – deve-se entender que o uso anormal da propriedade constitui abuso de direito, nos termos do art. 187 do CC, a gerar a responsabilidade objetiva do vizinho (Enunciado n. 37 do CJF/STJ).

– *Ação demolitória* – seu objetivo, como o próprio nome aponta, é o de demolir uma obra construída. Diante da gravidade de suas consequências, deve ser a última medida a ser tomada pelo juiz, notadamente levando-se em conta a função social da propriedade e da posse.

– *Ação de nunciação de obra nova* – almeja o *embargo* de uma obra, o seu não prosseguimento, tendo rito especial previsto no CPC entre os arts. 934 e 940 do CPC.

– *Ação de dano infecto* – tem por objetivo exigir do vizinho uma caução idônea, uma garantia concreta, havendo riscos à propriedade ou à posse, diante do uso anormal do domínio (art. 1.281 do CC). Essa garantia pode ser pessoal ou real, devendo ser fixada com razoabilidade, levando-se em conta as obras realizadas e os imóveis envolvidos.

Visualizadas tais demandas, parte-se à abordagem das árvores limítrofes.

7.5.3 Das árvores limítrofes

De acordo com o art. 1.282 do CC, a *árvore limítrofe* é aquela cujo tronco está na linha divisória de dois prédios, presumindo-se de forma relativa pertencer em comum aos donos dos prédios confinantes (*presunção de condomínio*). Sem prejuízo desse direito, não se pode esquecer que as árvores compõem o Bem Ambiental, protegido constitucionalmente pelo art. 225 da CF/1988.

No plano das relações privadas, cabem as mesmas medidas judiciais previstas para o uso anormal da propriedade. Ilustrando, se o vizinho utiliza essa árvore com intuito nocivo, caberá ação de execução de obrigação de fazer ou de não fazer, com a possibilidade de fixação da multa ou *astreintes*, e sem prejuízo da reparação de danos.

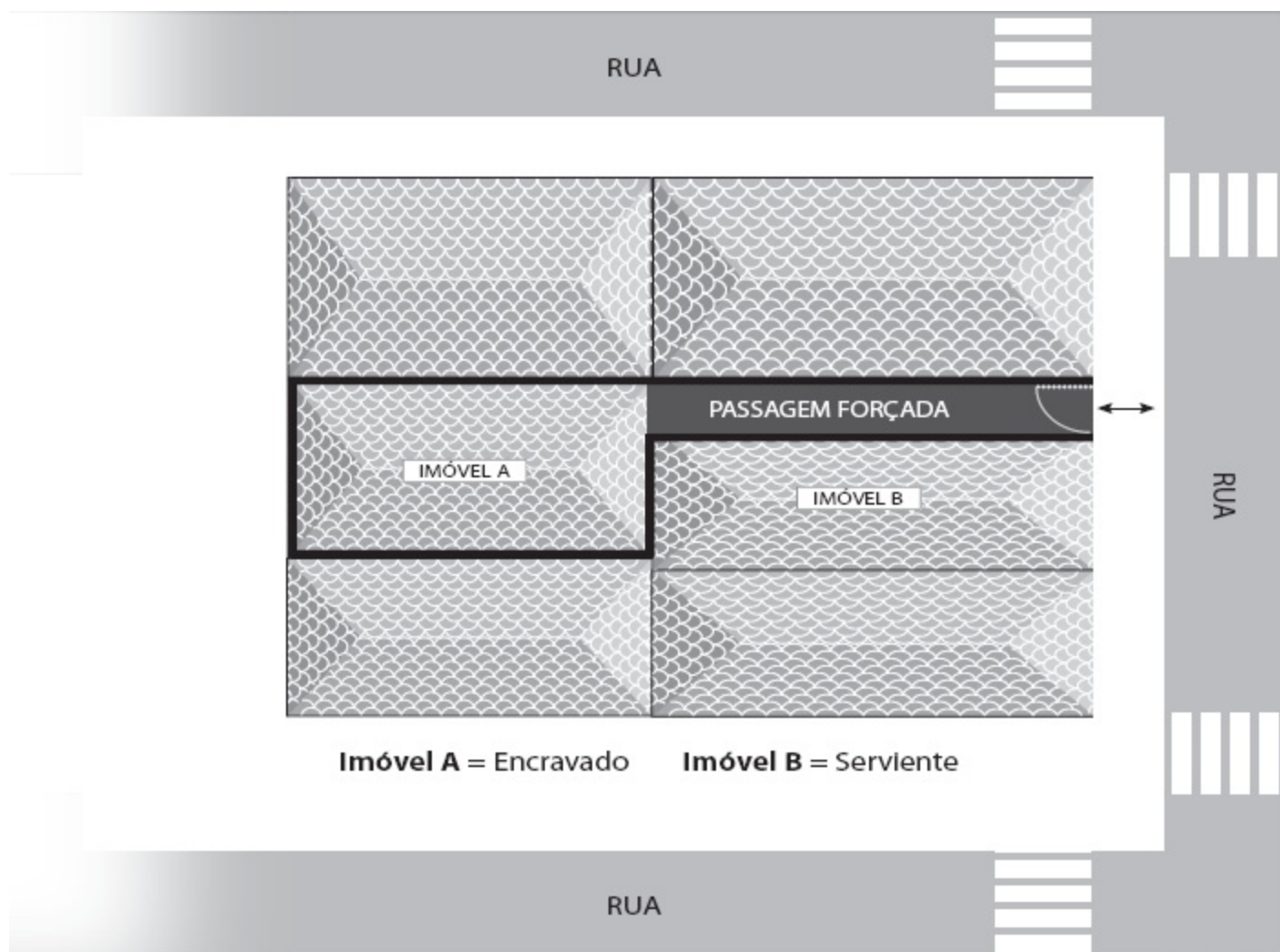
As raízes e os ramos de árvore que ultrapassarem a estrema do prédio poderão ser cortados, até

o plano vertical divisório, pelo proprietário do terreno invadido (art. 1.283 do CC). Em regra, a lei defere o *direito de corte* ao proprietário do imóvel que sofreu a invasão. De qualquer modo, esse direito não pode comprometer a vida da árvore limítrofe, diante da função socioambiental da propriedade. Trazendo aplicação do comando em demanda que visava a reparação de danos decorrentes do corte:

> "Direito de vizinhança. Árvores limítrofes. Na forma do disposto no art. 1.283 do Código Civil, as raízes e os ramos de árvores que ultrapassarem a estrema do prédio, poderão ser cortados, até o plano vertical divisório, pelo proprietário do terreno invadido. Contudo, o fato de o autor não ter realizado a poda não implica ausência de responsabilidade do proprietário da árvore pelos danos causados pela coisa. Sentença improcedente. Recurso provido" (TJRS, Recurso Cível 71000507749, Novo Hamburgo, Primeira Turma Recursal Cível, Rel. Des. Clóvis Moacyr Mattana Ramos, j. 03.06.2004).

A terminar o tratamento das árvores limítrofes, dispõe o art. 1.284 que "Os frutos caídos de árvore do terreno vizinho pertencem ao dono do solo onde caíram, se este for de propriedade particular". Eis aqui uma das poucas exceções à regra pela qual o acessório segue o principal (*gravitação jurídica*). A exemplificar, o dono das mangas não é o dono da mangueira, mas sim o dono do terreno onde as mangas caíram. Sobre a norma, conforme as lições de Marco Aurélio Bezerra de Melo, está ela justificada na máxima *quem traga as gostas más, que traga as boas*, de origem germânica, eis que "O fruto cai, suja, mancha, atrai insetos, apodrece; o dono da árvore não vai limpar o chão, ou o terraço, ou a calçada do vizinho – que justificativa teria para ir buscar ou exigir os frutos bons que caírem?".[92]

7.5.4 Da passagem forçada e da passagem de cabos e tubulações

O instituto da passagem forçada continua alocado na parte que trata do direito de vizinhança, como típico instituto relativo ao tema. Enuncia o *caput* do art. 1.285 do CC que "O dono do prédio que não tiver acesso a via pública, nascente ou porto, pode, mediante pagamento de indenização cabal, constranger o vizinho a lhe dar passagem, cujo rumo será judicialmente fixado, se necessário". Anote-se que o imóvel que não tem acesso ainda pode ser denominado *imóvel encravado*, conforme expressão que constava do art. 559 do CC/1916. A contribuir para a compreensão da categoria, vejamos no desenho a seguir uma situação típica de passagem forçada, com uma visão aérea ou satelitária dos imóveis envolvidos:

Como se pode notar do desenho, o imóvel *A* não tem saída para a rua, pois está cercado de casas por todos os lados. Sendo assim, haverá a necessidade de uma saída por *B*, para que o imóvel *A* tenha utilidade social. O imóvel *A* é denominado *imóvel encravado*, enquanto que B é o *imóvel serviente*, uma vez que por ele haverá a passagem. A função social da propriedade é o fundamento do instituto, nos termos do art. 5.º, incs. XXII e XXIII, da CF/1988 e do art. 1.228, § 1.º, do CC. No caso descrito, se não houvesse a passagem, o imóvel encravado não teria qualquer finalidade social. Como adentrar no imóvel? Pulando de paraquedas?

A respeito da efetivação da passagem forçada, sofrerá o constrangimento o vizinho cujo imóvel mais natural e facilmente se prestar à passagem (art. 1.285, § 1.º, do CC). Segue-se a ideia que já constava da codificação anterior, no sentido de que a passagem forçada deve ser instituída da maneira menos gravosa ou onerosa aos prédios vizinhos (*princípio da menor onerosidade*).[93]

Se ocorrer eventual alienação parcial do prédio serviente, de modo que uma das partes perca o acesso à via pública, nascente ou porto, o proprietário da outra deve tolerar a passagem (art. 1.285, § 2.º, do CC). A obrigação de tolerar a passagem forçada deve acompanhar a coisa, constituindo uma obrigação ambulatória ou *propter rem*. A regra de tolerância nos casos de alienação deve ser aplicada ainda quando, antes da alienação, existia passagem através de imóvel vizinho, não estando o proprietário deste constrangido, depois, a dar uma outra (art. 1.285, § 3.º, do CC).

Não se pode confundir a passagem forçada com as servidões, em especial com a servidão de passagem. Isso porque a primeira é instituto de direito de vizinhança, enquanto que as segundas constituem um direito real de gozo ou fruição. Além dessa diferença, a passagem forçada é obrigatória, diante da função social da propriedade; as servidões são facultativas. Na passagem forçada há necessariamente o pagamento de uma indenização ao imóvel serviente, enquanto que nas servidões a indenização somente será paga se houver acordo entre os proprietários dos imóveis envolvidos. Na passagem forçada, o imóvel não tem outra opção que não seja a passagem; o que não ocorre nas servidões. Por fim, quanto ao aspecto processual, de um lado há a *ação de passagem forçada*; do outro, a *ação confessória*, fundada em servidões. Vejamos o quadro comparativo entre os institutos:

PASSAGEM FORÇADA	SERVIDÃO
Direito de vizinhança.	Direito real de gozo ou fruição
Obrigatória.	Facultativa.
Pagamento de indenização obrigatório.	Pagamento de indenização somente se as partes acordarem.
Imóvel sem saída (não há outras opções).	Há outras opções.
Ação de passagem forçada.	Ação confessória.

Na esteira da melhor doutrina e jurisprudência, o conceito de imóvel encravado não deve ser visto de forma absoluta, sem qualquer flexibilidade. Nesse sentido, aprovou-se o Enunciado n. 88 do CJF/STJ, na *I Jornada de Direito Civil* (2004): "O direito de passagem forçada, previsto no art. 1.285 do CC, também é garantido nos casos em que o acesso à via pública for insuficiente ou inadequado, consideradas, inclusive, as necessidades de exploração econômica". Em suma, não há necessidade de o imóvel ser *absolutamente encravado*, conforme concluiu o STJ, em importante precedente:

> "Civil. Direitos de vizinhança. Passagem forçada (art. 559 [do CC/1916]). Imóvel encravado. Numa era em que a técnica da engenharia dominou a natureza, a noção de imóvel encravado já não existe em termos absolutos e deve ser inspirada pela motivação do instituto da passagem forçada, que deita raízes na supremacia do interesse público; juridicamente, encravado é o imóvel cujo acesso por meios terrestres exige do respectivo proprietário despesas excessivas para que cumpra a função social sem inutilizar o terreno do vizinho, que em qualquer caso será indenizado pela só limitação do domínio. Recurso especial conhecido e provido em parte" (STJ, REsp 316.336/MS, 3.ª T., Rel. Min. Ari Pargendler, j. 18.08.2005, *DJ* 19.09.2005, p. 316).

Além da imposição da passagem forçada, o CC/2002 trata, de forma semelhante, da *passagem de cabos e tubulações*. Nos termos do art. 1.286 do CC, mediante recebimento de indenização que atenda, também, à desvalorização da área remanescente, o proprietário é obrigado a tolerar a

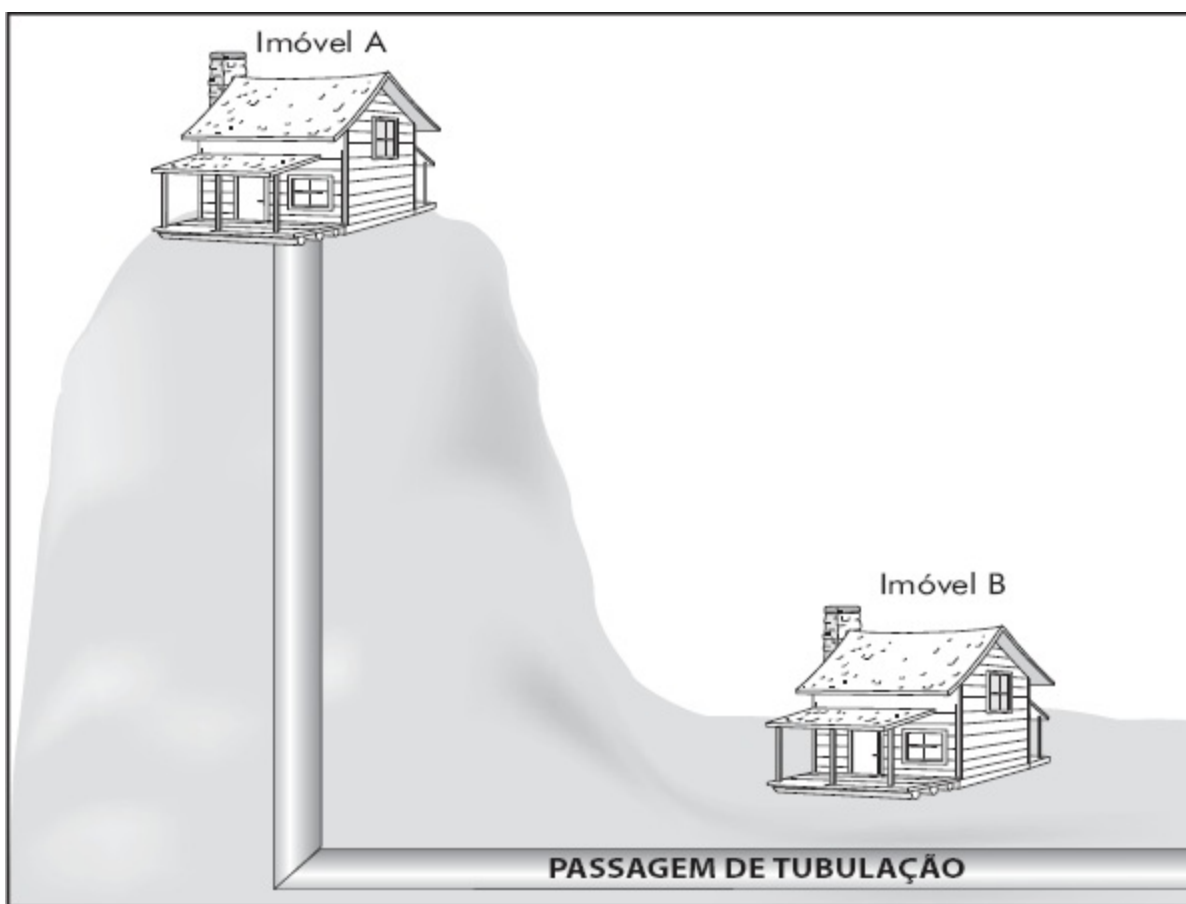
passagem, por meio de seu imóvel, de cabos, tubulações e outros condutos subterrâneos de serviços de utilidade pública, em proveito de proprietários vizinhos, quando de outro modo for impossível ou excessivamente onerosa.

Tal passagem, do mesmo modo, está baseada na função social da propriedade, havendo um interesse público indireto, pois as passagens de cabos e tubulações atendem aos interesses de outras pessoas e da coletividade. Esse regime jurídico de obrigatoriedade é similar ao da passagem forçada, o que justifica a proximidade legislativa. Concluindo pelo regime obrigatório, colaciona-se, da melhor jurisprudência:

> "Apelação. Ação de passagem forçada. Tubulação subterrânea de esgoto sob terreno vizinho. Interrupção pela nova compradora. Refluxo cloacal. O proprietário é obrigado a tolerar a passagem, através de seu imóvel, de cabos, tubulações e outros condutos subterrâneos de utilidade pública, em proveito de proprietários vizinhos, quando de outro modo for impossível ou excessivamente onerosa (art. 1.286 do Código Civil). Apelação desprovida" (TJRS, Apelação Cível 70024051872, Ijuí, Vigésima Câmara Cível, Rel. Des. Niwton Carpes da Silva, j. 06.08.2008, *DOERS* 22.08.2008, p. 97).

> "Indenização por passagem de cabos e tubulações. Art. 1.286 do Código Civil. Prova. Nos termos do art. 1.286, do Código Civil, o proprietário é obrigado a tolerar a passagem, através de seu imóvel, de cabos, tubulações e outros condutos subterrâneos de serviços de utilidade pública, em proveito de proprietários vizinhos, mesmo contra sua vontade. A relação estabelecida é, frise-se, entre particulares, onde um, quando impossível ou excessivamente oneroso o meio, precisa que a instalação seja feita em detrimento do terreno de outrem, instituindo-se, por conseguinte, a servidão de passagem. Assim, ao teor do artigo mencionado, a colocação de cabos e tubulações enseja pagamento de indenização, desde que haja prova dos prejuízos resultantes. Apelo conhecido, mas improvido" (TJGO, Apelação cível n. 91801-5/188, Processo n. 200501865092, Itumbiara, Quarta Câmara Cível, Rel. Des. Almeida Branco, julgado em 22.12.2005, *DJGO* 09.02.2006).

Pelo teor dos julgados, confirma-se que a alteração foi substancial quanto à categorização jurídica, pois a passagem de cabos e tubulações, na órbita privada, era tratada como servidão predial. Agora não mais, pois o correto enquadramento do tema está no direito de vizinhança, com um sentido de obrigatoriedade.

A introdução no CC/2002 se deu, segundo a doutrina, diante da evolução tecnológica, pois não se imaginava, quando da elaboração do CC/1916, a existência constante de linhas de transmissão e energia elétrica, telefonia e processamento de dados ou de grandes adutoras subterrâneas.[94] O esquema a seguir demonstra um caso que envolve o instituto:

Do desenho nota-se que o imóvel *A* não tem como escoar as águas de seu prédio. O imóvel *B*, serviente ou onerado, concederá a passagem das tubulações. Serve como argumento a conclusão de que não é do interesse da coletividade que o esgoto fique represado no outro imóvel, o que causará um prejuízo ambiental. No caso descrito, o proprietário de *B* pode requerer que a instalação dos tubos seja realizada da maneira menos onerosa ou gravosa, conforme consta do art. 1.286, parágrafo único, do CC (*princípio da menor onerosidade*).

Por derradeiro, a respeito da categoria, preconiza o art. 1.287 do CC que, se as instalações oferecerem grave risco, será facultado ao proprietário do prédio onerado exigir a realização de obras de segurança.

7.5.5 Das águas

Assim como ocorre com as árvores, as águas constituem partes integrantes do *Bem Ambiental* (art. 225 da CF/1988) e, sendo assim, merecem ampla proteção, para atender à *função socioambiental da propriedade*.

Inaugurando o tratamento do direito de vizinhança, determina o art. 1.288 do CC que o dono ou o possuidor do prédio inferior é obrigado a receber as águas que correm naturalmente do superior, não podendo realizar obras que embaracem o seu fluxo. A norma tem razões óbvias, eis que a *água corre para baixo*, ou seja, desce, o que justifica a instituição da passagem obrigatória de tubulações.

Enuncia ainda o comando que a condição natural e anterior do prédio inferior não pode ser agravada por obras feitas pelo dono ou possuidor do prédio superior. A exemplificar, a construção das tubulações não pode simplesmente aniquilar a funcionalidade do prédio inferior, uma vez que a passagem deve ser da maneira menos gravosa (*princípio da menor onerosidade*).

Como o art. 1.288 do CC assegura um *direito* a favor do proprietário do imóvel superior, em regra, não há que se falar em indenização a favor do dono do imóvel inferior, conforme tem concluído a jurisprudência:

> "Ação de reparação de danos materiais. Direito de vizinhança. Ausência de danos indenizáveis. Águas que fluem naturalmente de um terreno a outro, independentemente de qualquer atividade de seu proprietário, não obriga a reparar eventuais danos causados. Aplicação do art. 1.288 do Código Civil. O simples fato de o imóvel da autora sofrer periódicas inundações, em razão de chuvas abundantes, sendo que parte das águas flui naturalmente do prédio ao lado, não lhe assiste direito a indenização. Isso porque, de acordo com o art. 1.288 do CC, 'o dono ou o possuidor do prédio inferior é obrigado a receber as águas que correm naturalmente do superior'. Sentença mantida. Recurso desprovido" (TJRS, Recurso cível n. 71001835628, Tramandaí, Terceira Turma Recursal Cível, Rel. Des. Eugênio Facchini Neto, julgado em 19.02.2009, *DOERS* 02.03.2009, p. 90).

Ademais, caso o proprietário do imóvel inferior realize obras obstando o escoamento da água, caberá ação de obrigação de fazer por parte do proprietário superior, visando ao cumprimento da norma, o que é aplicado pela melhor jurisprudência (TJMG, Apelação cível n. 1.0024.04.501649-0/0011, Belo Horizonte, Décima Quarta Câmara Cível, Relª Desª Evangelina Castilho Duarte, julgado em 03.07.2008, *DJEMG* 22.07.2008).

Em havendo escoamento artificial de águas, de um prédio superior para outro inferior, poderá o dono deste reclamar que se desviem, ou se lhe indenize o prejuízo que sofrer. Da indenização será deduzido o valor do benefício obtido (art. 1.289 do CC). O dispositivo vem recebendo críticas contundentes da doutrina contemporânea. Vejamos as palavras do Desembargador do TJRJ Marco Aurélio Bezerra de Melo:

> "A norma transcrita representa um retrocesso à concepção individualista da propriedade quiritária, pois permite que o dono do prédio inferior exija o desvio das águas artificialmente canalizadas pelo dono do prédio superior. Isso pode inviabilizar, eventualmente, uma melhor exploração do prédio superior. Expliquemos melhor. Pode acontecer de o dono do prédio superior ter realizado com outra pessoa a canalização de águas, mediante a servidão predial de aqueduto (art. 1.378) a fim de plantar arroz e não encontre outra forma de escoar as águas que não seja para prédio inferior. Se este exigir o desvio das águas, tornará impossível o plantio da referida cultura".[95]

Em certo sentido, tem razão o magistrado, que propõe a aplicação do art. 92 do Código de Águas, segundo o qual, "mediante indenização, os donos dos prédios inferiores, de acordo com as normas da servidão legal de escoamento, são obrigados a receber as águas das nascentes artificiais". Outra solução viável é o enquadramento da hipótese no art. 1.286 do CC/2002, que trata da passagem de tubulações. Por esse caminho, a passagem pode ser tida como obrigatória, levando-se em conta a

finalidade social dos imóveis envolvidos.

O art. 1.290 do CC trata das nascentes das águas e do escoamento das águas pluviais, prevendo que o proprietário de nascente, ou do solo onde caem águas pluviais, satisfeitas as necessidades de seu consumo, não pode impedir, ou desviar, o curso natural das águas remanescentes pelos prédios inferiores. As nascentes são as águas que surgem naturalmente, ou por indústria humana, e correm dentro de um só prédio particular, e ainda que o transponham, quando elas não tenham sido abandonadas pelo proprietário do mesmo (art. 89 do Código de Águas). Nota-se que o proprietário do imóvel da nascente é obrigado a permitir o escoamento das águas pelos prédios inferiores, pois o curso de água que do seu imóvel surge tem importante finalidade social. Essa preocupação com a coletividade ainda inspira o art. 94 do Código de Águas, pelo qual o proprietário de uma nascente não pode desviar o seu curso quando desta se abasteça uma população.

O art. 1.291 do CC é um dos mais criticados da atual codificação, merecendo redação destacada:

> "Art. 1.291. O possuidor do imóvel superior não poderá poluir as águas indispensáveis às primeiras necessidades da vida dos possuidores dos imóveis inferiores; as demais, que poluir, deverá recuperar, ressarcindo os danos que estes sofrerem, se não for possível a recuperação ou o desvio do curso artificial das águas".

A crítica doutrinária refere-se à parte final do dispositivo, após o ponto e vírgula ("... as demais, que poluir, deverá recuperar, ressarcindo os danos que estes sofrerem, se não for possível a recuperação ou o desvio do curso artificial das águas"). Ora, a lei está admitindo, em sua literalidade, a possibilidade de poluição de águas, tidas como *não essenciais*, algo inadmissível em tempos atuais, diante da preocupação constitucional com o Bem Ambiental (art. 225 do CF/1988). Nesse contexto de crítica, merecem destaque as palavras de Luiz Edson Fachin:

> "A mercantilização do dano ambiental que coroa a interpretação equivocada do princípio do 'poluidor-pagador' pode conduzir a conclusões como as que surgem da literalidade do art. 1.291: somente é proibida a poluição das águas indispensáveis à sobrevivência; quanto às demais, haveria uma pretensa 'faculdade', desde que com posterior reparação do prejuízo. Em uma sociedade na qual tudo teria valor de troca, poder-se-ia 'comprar' o 'direito' de poluir, com a *reificação* total do próprio meio ambiente. Essa hermenêutica – que pode decorrer da redação pouco elogiável do Código Civil – não é aceitável. A ilicitude da poluição se estende tanto ao possuidor que polui águas essenciais como àquele que polui águas não indispensáveis à vida dos possuidores dos prédios inferiores. Trata-se de um juízo que extrapola interesses individuais de natureza econômica, dizendo respeito à manutenção de um meio ambiente equilibrado".[96]

Espera-se, portanto, a revogação do art. 1.291 do CC, ou mesmo a declaração de sua inconstitucionalidade, por incompatibilidade com o art. 225 do Texto Maior. Anote-se que, doutrinariamente, tentando *salvar a norma*, na *III Jornada de Direito Civil*, foi aprovado o Enunciado n. 244 do CJF/STJ, de autoria de Marco Aurélio Bezerra de Melo: "O art. 1.291 deve ser

interpretado conforme a Constituição, não sendo facultada a poluição das águas, quer sejam essenciais ou não às primeiras necessidades da vida".

Superado tal aspecto, o proprietário tem o direito de construir barragens, açudes, ou outras obras para represamento de água em seu prédio. Se as águas represadas invadirem prédio alheio, será o seu proprietário indenizado pelo dano sofrido, deduzido o valor do benefício obtido (art. 1.292 do CC). Obviamente, o direito de construção ou represamento não pode gerar danos ao meio ambiente, havendo necessidade da fiscalização das atividades pelas autoridades administrativas.

O art. 1.293 do CC trata do direito à construção do *aqueduto*, canais de recebimento ou transporte das águas, prevendo as seguintes regras:

→ É permitido a quem quer que seja, mediante prévia indenização aos proprietários prejudicados, construir canais, através de prédios alheios, para receber as águas a que tenha direito, indispensáveis às primeiras necessidades da vida, e, desde que não cause prejuízo considerável à agricultura e à indústria, bem como para o escoamento de águas supérfluas ou acumuladas, ou a drenagem de terrenos. Pelo que consta do art. 1.294 do CC, observa-se o caráter obrigatório do aqueduto, no regime da passagem forçada de tubulações, o que está fundado na função social da propriedade. Prevê o Enunciado n. 245 do CJF/STJ que "Muito embora omisso acerca da possibilidade de canalização forçada de águas por prédios alheios, para fins da agricultura ou indústria, o art. 1.293 não exclui a possibilidade da canalização forçada pelo vizinho, com prévia indenização dos proprietários prejudicados". Fica em dúvida o tratamento de *águas supérfluas*, pois todas as águas são essenciais ao ser humano e ao Planeta Terra.

→ Ao proprietário prejudicado, em tal caso, também assiste direito a ressarcimento pelos danos que de futuro lhe advenham da infiltração ou irrupção das águas, bem como da deterioração das obras destinadas a canalizá-las.

→ O proprietário prejudicado poderá exigir que seja subterrânea a canalização que atravessa áreas edificadas, pátios, hortas, jardins ou quintais.

→ O aqueduto será construído de maneira que cause o menor prejuízo aos proprietários dos imóveis vizinhos (*princípio da meno onerosidade*), e a expensas do seu dono, a quem incumbe também as despesas de conservação.

Ainda quanto ao *aqueduto*, dispõe o art. 1.295 do CC que ele não impedirá que os proprietários cerquem os imóveis e construam sobre ele, sem prejuízo para a sua segurança e conservação. Obviamente que tais obras, sendo necessárias para que o aqueduto cumpra sua função social, não podem ser impedidas. Desse modo, preconiza o mesmo comando legal que os proprietários dos imóveis poderão usar das águas do aqueduto para as primeiras necessidades da vida.

Encerrando o estudo das águas, duvida-se da constitucionalidade do *caput* do art. 1.296 do CC pelo qual "Havendo no aqueduto águas supérfluas, outros poderão canalizá-las, para os fins previstos no art. 1.293, mediante pagamento de indenização aos proprietários prejudicados e ao dono do aqueduto, de importância equivalente às despesas que então seriam necessárias para a condução das águas até o ponto de derivação". O parágrafo único do dispositivo prevê que terão preferência quanto a essas *águas supérfluas* os vizinhos que sejam proprietários dos imóveis atravessados pelo aqueduto. As inconstitucionalidades das previsões estão justificadas pela inexistência de águas supérfluas, mais uma vez diante da proteção do Bem Ambiental, constante do art. 225 da CF/1988.

7.5.6 Do direito de tapagem e dos limites entre prédios

Nos termos do art. 1.297 do CC, o *direito de tapagem* é o direito que o proprietário de um imóvel tem de cercar, murar, valar e tapar de qualquer modo o seu prédio urbano ou rural.

Ato contínuo, consagra a norma o direito do proprietário de constranger o seu confinante a proceder com ele à demarcação entre os dois prédios, a aviventar rumos apagados e a renovar marcos destruídos ou arruinados, repartindo-se proporcionalmente entre os interessados as respectivas despesas. Reconhece-se a *ação demarcatória*, assegurada nos termos do art. 946, inc. I, do CPC, "ao proprietário para obrigar o seu confinante a estremar os respectivos prédios, fixando-se novos limites entre eles ou aviventando-se os já apagados". A ação demarcatória segue rito especial (arts. 950 a 966 do CPC).

O § 1.º do art. 1.297 do CC estabelece a existência de um *condomínio necessário*, em presunção relativa ou *iuris tantum*, entre os proprietários confinantes, relativo aos intervalos, muros, cercas e os tapumes divisórios, sebes, vivas, cercas de arame ou de madeira, valas ou banquetas (*tapumes comuns* ou *ordinários*). Na trilha de aresto do Tribunal da Cidadania, do ano de 2013, "o caso concreto, a Corte de origem afastou a aplicação, no caso dos autos, do art. 1.297, § 1.º, do Código Civil, pois restou comprovado que o muro divisório dos imóveis dos litigantes, estava sob o cuidado dos recorrentes, consignando, ainda, que a regra insculpida em referido dispositivo legal é meramente relativa, podendo ser ilidida por prova em contrário, como ocorreu na espécie" (STJ, AgRg no AREsp 399.367/ES, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3.ª Turma, j. 21.11.2013, *DJe* 06.12.2013). Os condôminos são obrigados, em conformidade com os costumes da localidade, a concorrer, em partes iguais, para as despesas de sua construção e conservação.

Como novidade, o § 2.º do art. 1.297 do CC dispõe que as sebes vivas, as árvores, ou plantas quaisquer, que servem de marco divisório, só podem ser cortadas, ou arrancadas, de comum acordo entre proprietários. Apesar desse reconhecimento legislativo, note-se que as sebes, as árvores e as plantas fazem parte da fauna, não sendo tolerável, em regra, a sua destruição, diante da proteção do Bem Ambiental (art. 225 da CF/1988).

O § 3.º do art. 1.297 do CC admite a construção de *tapumes especiais* para impedir a passagem de animais de pequeno porte, ou para outro fim. Essa construção pode ser exigida de quem provocou a necessidade deles, pelo proprietário, que não está obrigado a concorrer para as despesas. Podem ser citados os mata-burros e as cercas de arame que vedam a passagem de aves.[97]

Encerrando o tratamento do direito de tapagem, sendo confusos os limites entre as propriedades, em falta de outro meio, se determinarão de conformidade com a posse justa (art. 1.298 do CC). Pelo mesmo comando legal, não sendo essa posse justa provada, o terreno contestado se dividirá por partes iguais entre os prédios, ou, não sendo possível a divisão cômoda, se adjudicará a um deles, mediante indenização ao outro.

7.5.7 Do direito de construir

O CC/2002 reconhece ao proprietário, como regra geral, amplos direitos de construir, prevendo o seu art. 1.299 que o proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos. Como principais restrições em relação aos direitos de vizinhos podem ser mencionados os limites constantes do art. 1.228, § 2.º, do CC (configuração do abuso de direito ou *ato emulativo*) e do art. 1.277 do CC (uso anormal da propriedade). Quanto aos regulamentos administrativos, cite-se o plano diretor, que visa à organização das cidades, conforme dispõe o Estatuto da Cidade.

Tratando de restrição específica ao direito de construir, o art. 1.300 do CC determina que o proprietário construirá de maneira que o seu prédio não despeje águas, diretamente, sobre o prédio vizinho. O objetivo de ambas as normas é proteger contra o *estilicídio*, que vem a ser o despejo de água, principalmente da chuva, em outra propriedade.[98]

Protegendo-se o direito à privacidade, é proibido abrir janelas, ou fazer eirado, terraço ou varanda, a menos de metro e meio do terreno vizinho (art. 1.301 do CC). A restrição é aplicada aos imóveis urbanos, pois, nos casos de imóveis rurais, a limitação é de três metros (art. 1.303 do CC). O desrespeito a tais comandos pode motivar até a ação demolitória, conforme reconhece a melhor jurisprudência (STJ, REsp 311.507/AL, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, j. 11.09.2001, *DJ* 05.11.2001, p. 118 e TJRS, Recurso Cível 71001716653, Guaíba, Terceira Turma Recursal Cível, Rel. Des. Eugênio Facchini Neto, j. 23.09.2008, *DOERS*, 1.º.10.2008, p. 175). O prazo decadencial para a propositura da demanda demolitória é de um ano e dia, a contar da conclusão da obra (art. 1.302 do CC).

Ressalve-se que continua com plena aplicação a Súmula 120 do STF, pela qual "Parede de tijolos de vidro translúcido pode ser levantada a menos de metro e meio do prédio vizinho, não importando a servidão sobre ele". Vidro translúcido é aquele que possibilita a visão do outro lado.

Ainda com o objetivo de proteção da intimidade, enuncia o § 1.º do art. 1.301 do CC, quanto aos imóveis urbanos, que as janelas cuja visão não incida sobre a linha divisória, bem como as perpendiculares, não poderão ser abertas a menos de setenta e cinco centímetros. Pela norma, o CC/2002 cancelou a Súmula 414 do STF, que previa: "Não se distingue a visão direta da oblíqua na proibição de abrir janela, ou fazer terraço, eirado, ou varanda, a menos de metro e meio do prédio de outrem". Isso porque o atual Código passou a disciplinar, de forma distinta, a visão oblíqua, havendo previsão não a um metro e meio, mas a setenta e cinco centímetros.

Em continuidade de estudo, há distinção quanto às aberturas para luz ou ventilação, pois o § 2.º do art. 1.301 do CC prevê que as referidas proibições a elas não se aplicam, desde que as aberturas não sejam maiores de dez centímetros de largura sobre vinte de comprimento e construídas a mais de dois metros de altura de cada piso.

Nos termos do art. 1.304 do CC, nas cidades, vilas e povoados cuja edificação estiver adstrita a alinhamento, o dono de um terreno pode nele edificar, madeirando na parede divisória do prédio contíguo, se ela suportar a nova construção. Entretanto, nesse caso, o proprietário que assim o procedeu terá de embolsar ao vizinho metade do valor da parede e do chão correspondentes. Trata-se do que se denomina como *direito de travejamento* ou de *madeiramento*, ou seja, de colocar uma trave, viga ou madeira no prédio vizinho nos casos em que há o referido alinhamento. Na doutrina clássica, vejamos os esclarecimentos de Washington de Barros Monteiro, em obra atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf:

> "No art. 1.304 o Código outorga ao proprietário o direito de madeiras na parede divisória do prédio contíguo, caso ela suporte a nova construção. Corresponde esse direito à servidão de meter trave (*de tigni immittendi*) e subordinado está a duas condições: a) que a nova construção se levante em cidade, vila ou povoado; b) que a edificação esteja obrigada a determinado alinhamento. Se não existe este, pode o proprietário edificar pouco mais à frente, ou pouco mais atrás, evitando assim o madeiramento no prédio contíguo, a ser usado apenas como último recurso. Desde que o proprietário venha, porém, a madeirar o prédio adjacente, terá de embolsar o vizinho meio valor da parede e do chão correspondente".[99]

O *direito de travejamento* ou *de madeiramento* consta ainda do art. 1.305, *caput*, do CC, no tocante à parede-meia, pois, segundo esse comando legal, o confinante que primeiro construir pode assentar a parede divisória até meia espessura no terreno contíguo. Isso, sem perder o direito a haver meio valor dela se o vizinho a travejar, caso em que o primeiro fixará a largura e a profundidade do alicerce. Aplicando a norma, do Tribunal Gaúcho: "Construção de muro. Parede-meia. Possibilidade. Sendo lícito ao confinante construir sobre parede divisória, se não ultrapassar a meia espessura, e se o fizer primeiro, improcede o pedido de demolição. Exegese do art. 1.305 do Código Civil. Negaram provimento. Unânime" (TJRS, Apelação Cível 496307-24.2012.8.21.7000, Vacaria, Décima Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Pedro Celso Dal Prá, j. 28.02.2013, *DJERS* 06.03.2013).

Se a parede-meia ou parede divisória pertencer a um dos vizinhos e não tiver capacidade para ser travejada pelo outro, não poderá este último fazer-lhe alicerce ao pé sem prestar caução àquele, pelo risco a que expõe a construção anterior (art. 1.305, parágrafo único, do CC). Eventualmente, caberá a ação de dano infecto para se exigir a correspondente caução.

Em verdade, o que se percebe em relação à parede-meia ou parede divisória de dois imóveis é a existência de um condomínio necessário. Sendo dessa forma, o condômino da parede-meia pode utilizá-la até ao meio da espessura, não pondo em risco a segurança ou a separação dos dois prédios (art. 1.306 do CC). Segundo o mesmo dispositivo, um condômino deve sempre avisar previamente o outro das obras que ali pretende fazer. Além disso, não pode, sem consentimento do outro, fazer, na parede-meia, armários, ou obras semelhantes, correspondendo a outras, da mesma natureza, já feitas do lado oposto. Aplicando a norma, caso pretenda inserir na parede divisória uma cerca elétrica, o proprietário deverá comunicar o vizinho, sob pena de sua retirada (TJBA, Recurso 0020391-

71.2007.805.0080-1, Terceira Turma Recursal, Rel.ª Juíza Eloisa Matta da Silveira Lopes, *DJBA* 26.02.2010).

Como novidade no que concerne à parede-meia, o art. 1.307 do CC/2002 introduziu o *direito de alteamento*, que é o direito que tem o proprietário de aumentar a sua altura.[100] De acordo com o dispositivo, qualquer dos confinantes pode altear a parede divisória, se necessário reconstruindo-a, para suportar o alteamento. O confinante que realiza as obras arcará com todas as despesas, o que inclui as de conservação, ou com metade, se o vizinho adquirir meação também na parte aumentada.

A proteção da parede-meia veda que se encostem a ela chaminés, fogões, fornos ou quaisquer aparelhos ou depósitos suscetíveis de produzir infiltrações ou interferências prejudiciais ao vizinho (art. 1.308 do CC). A vedação permite ao proprietário lindeiro que demande a nunciação ou a demolição da obra. Há intuito de proteger a sua estrutura, uma vez que a parede-meia tem flagrante função social. Trata-se, em suma, de clara restrição aos direitos dos condôminos necessários. Como exceção, prevê o parágrafo único do dispositivo que a vedação não abrange as chaminés ordinárias e os fogões de cozinha.

Dispõe o art. 1.309 do CC que são proibidas construções capazes de poluir, ou inutilizar, para uso ordinário, a água do poço, ou nascente alheia, a elas preexistentes. A norma já constava do Código Civil de 1916 (art. 584) e ganhou reforço pela proteção constitucional do *Bem Ambiental* (art. 225 da CF/1988). No mesmo sentido, porém mais específico, o art. 1.310 do Código proíbe que o proprietário faça escavações ou quaisquer obras que tirem ao poço ou à nascente de outrem a água indispensável às suas necessidades normais.

O CC/2002 veda a realização de obras ou serviços suscetíveis de provocar desmoronamento ou deslocação de terra, ou que comprometa a segurança do prédio vizinho. Nos termos do art. 1.311, *caput*, tais obras somente são possíveis após haverem sido feitas as obras acautelatórias. Realizada a obra em desrespeito ao que dispõe o dispositivo, serão cabíveis a ação de nunciação de obra nova, de dano infecto ou mesmo a ação demolitória. Sem prejuízo disso, o proprietário do prédio vizinho tem direito a ressarcimento pelos prejuízos que sofrer, não obstante haverem sido realizadas as obras acautelatórias (art. 1.311, parágrafo único, do CC).

A responsabilidade civil, com a aplicação do *princípio da reparação integral dos danos*, é reconhecida como medida a favor do proprietário prejudicado, sem prejuízo da demolição das construções feitas (art. 1.312 do CC). Em suma, além da destruição das obras que infringem as normas civis, o prejudicado pode requerer a reparação dos *danos materiais*, nas categorias de danos emergentes (o que a pessoa efetivamente perdeu) e lucros cessantes (o que a pessoa razoavelmente deixou de lucrar); *danos morais* (lesão a direitos da personalidade) e *danos estéticos* (havendo algum dano físico no caso concreto). Admitindo essa ampla cumulação, da jurisprudência:

"Apelação cível. Ação de indenização por danos materiais e morais. Construção de obra. Direito de vizinhança. Demonstração

dos elementos geradores da responsabilidade civil. Aplicação do art. 333, I, do CPC e arts. 1.311 e 1.312 do Código Civil. Dano Moral pelos constrangimentos gerados à restrição do uso da propriedade imóvel. I. Comprovados nos autos os danos materiais provocados pela construção de edificação vizinha, principalmente através das fotografias colacionadas, impõe-se o seu ressarcimento, nos termos dos arts. 1.311 e 1.312 do Código Civil. II. Demonstrados os fatos que ensejaram a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que ensejam o dano moral, impõe-se a condenação do vizinho para recompor o abalo moral causado pela restrição indevida à utilização da propriedade imóvel, nos termos do art. 5º, V e X, da Constituição Federal, e do art. 186 do Código Civil. Recurso conhecido e provido" (TJSE, Apelação Cível 2009210033, Acórdão 12.022/2009, Primeira Câmara Cível, Rel.ª Des.ª Clara Leite de Rezende, *DJSE* 02.02.2010, p. 12).

Encerrando o estudo do direito de vizinhança, o art. 1.313 do CC reconhece que o proprietário ou ocupante é obrigado a tolerar que o vizinho adentre no seu imóvel (*direito de penetração*), desde que haja prévio aviso, nas seguintes hipóteses:

• Se o vizinho, temporariamente, dele for usar, quando indispensável à reparação, construção, reconstrução ou limpeza de sua casa ou do muro divisório. Exemplo: o proprietário deve tolerar a entrada do vizinho para reparos em paredes ou corte de galhos de árvores. Esse *direito de tolerância* é aplicado aos casos de limpeza ou reparação de esgotos, goteiras, aparelhos higiênicos, poços e nascentes e ao aparo de cerca viva (art. 1.313, § 1.º, do CC). Também a ilustrar, do Tribunal Bandeirante: "há previsão legal para que se autorize o vizinho a adentrar em imóvel com o fito de efetuar os necessários reparos na parede e/ou no muro (art. 1.313, I, do Código Civil). Não há prova no sentido de que a realização da pintura irá causar danos a quaisquer dos imóveis. São frágeis, a par disso, as alegações de que sua neta correria risco" (TJSP, Apelação 0001668-07.2011.8.26.0653, Acórdão 7629768, Vargem Grande do Sul, Nona Câmara Extraordinária de Direito Privado, Rel. Des. Adilson de Araújo, j. 10.06.2014, *DJESP* 24.06.2014).

• Para o vizinho apoderar-se de coisas suas, inclusive animais que ali se encontrem casualmente. Exemplo: o vizinho entra no imóvel de outrem para pegar uma bola de futebol ou um gato perdido. Uma vez sendo entregue a coisa buscada pelo vizinho, o proprietário, por razões óbvias, pode impedir novas entradas no imóvel (art. 1.313, § 2.º, do CC).

Mesmo havendo essa tolerância prevista em lei, se do seu exercício provier dano ao proprietário, terá o prejudicado direito a indenização, aplicando-se o princípio da reparação integral dos danos (art. 1.313, § 3.º, do CC). Ilustrando, imagine-se o caso em que as obras de reparos realizadas pelo vizinho fizeram desmoronar o telhado de uma casa, que veio a atingir os seus proprietários, causando-lhes danos físicos e patrimoniais. Serão reparados os danos materiais, morais e estéticos que decorrem do caso concreto.

7.6 DO CONDOMÍNIO

7.6.1 Conceito, estrutura jurídica e modalidades

Verifica-se a existência do condomínio quando mais de uma pessoa tem o exercício da propriedade sobre determinado bem. Serve como suporte didático o conceito de Limongi França,

segundo o qual o condomínio "é a espécie de propriedade em que dois ou mais sujeitos são titulares, em comum, de uma coisa indivisa (*pro indiviso*), atribuindo-se a cada condômino uma parte ou fração ideal da mesma coisa".[101] Na situação condominial vários são os sujeitos ativos em relação ao direito de propriedade que é único, o que justifica a utilização dos termos *copropriedade* e *compropriedade*. Didaticamente, pode-se dizer que no condomínio duas ou mais pessoas têm os atributos da propriedade (GRUD) ao mesmo tempo.

Nesse contexto de dedução, a respeito da estrutura jurídica do condomínio, entre os clássicos, leciona Washington de Barros Monteiro que o Direito Brasileiro adotou a *teoria da propriedade integral ou total*. Desse modo, há no condomínio uma propriedade "sobre toda a coisa, delimitada naturalmente pelos iguais direitos dos demais consortes; entre todos se distribui a utilidade econômica da coisa; o direito de cada condômino, em face de terceiros, abrange a totalidade dos poderes imanentes ao direito de propriedade; mas, entre os próprios condôminos, o direito de cada um é autolimitado pelo de outro, na medida de suas quotas, para que possível se torne sua coexistência".[102]

Como se pode perceber pela simples organização do presente capítulo, o condomínio tem natureza real, havendo um conjunto de coisas e não de pessoas. Desse modo, o condomínio não tem natureza contratual, sendo regido pelos princípios do Direito das Coisas. Apesar da falta de previsão literal, o condomínio pode ser enquadrado no inc. I do art. 1.225 pela menção que se faz à propriedade (copropriedade).

O condomínio admite algumas classificações, levando-se em conta três diferentes critérios, o que é ponto inicial para o estudo da categoria:

I) *Quanto à origem:*

a) *Condomínio voluntário* ou *convencional* – decorre do acordo de vontade dos condôminos, nasce de um negócio jurídico bilateral ou plurilateral, como exercício da autonomia privada. Ex.: Alguns amigos compram um imóvel para investimentos em comum. No silêncio do instrumento de sua instituição, presume-se que a propriedade estará dividida em partes iguais (*concursu partes fiunt*). Destaque-se que o condomínio edilício, via de regra, tem essa origem, mas com estudo e tratamento em separado.

b) *Condomínio incidente* ou *eventual* – origina-se de motivos estranhos à vontade dos condôminos. Ex.: Duas pessoas recebem determinado bem como herança.

c) *Condomínio necessário* ou *forçado* – decorre de determinação de lei, como consequência inevitável do estado de indivisão da coisa. Nasce dos direitos de vizinhança tal como na hipótese de paredes, muros, cercas e valas (art. 1.327 do CC).

II) *Quanto ao objeto ou conteúdo:*

a) *Condomínio universal* – compreende a totalidade do bem, inclusive os seus acessórios, caso de frutos e benfeitorias. Em regra, o condomínio tem essa natureza.

b) *Condomínio particular* – compreende determinadas coisas ou efeitos, o que geralmente é delimitado no ato de instituição.

III) Quanto à forma ou divisão:

a) Condomínio *pro diviso* – aquele em que é possível determinar, no plano corpóreo e fático, qual o direito de propriedade de cada comunheiro. Há, portanto, uma *fração real* atribuível a cada condomínio. Ex.: parte autônoma em um condomínio edilício.

b) Condomínio *pro indiviso* – não é possível determinar de modo corpóreo qual o direito de cada um dos condôminos que têm uma fração ideal. Ex.: parte comum no condomínio edilício.

Superada essa classificação introdutória, vejamos o estudo da matéria, levando-se em conta a organização do CC/2002.

7.6.2 Do condomínio voluntário ou convencional

Como ficou claro, o condomínio voluntário ou convencional é aquele que decorre do exercício da autonomia privada. Anote-se que o tratamento do CC/2002 a respeito dessa categoria exclui o condomínio em edificações ou edilício, que tem tratamento em separado. Ilustrando, como hipótese de condomínio voluntário, imagine-se a situação em que três amigos adquirem uma casa no litoral, para compartilharem o uso, a fruição e os gastos relativos ao imóvel.

O primeiro tópico a respeito do instituto refere-se aos direitos e deveres dos condôminos. Enuncia o art. 1.314 do CC que cada condômino pode usar da coisa conforme sua destinação, sobre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão, reivindicá-la de terceiro, defender a sua posse e alhear a respectiva parte ideal, ou gravá-la. Pela norma fica claro que cada condômino tem a propriedade plena e total sobre a coisa, o que é limitado pelos direitos dos demais. Sendo assim, não cabe reintegração de posse por um dos condôminos contra os demais, havendo composse. Para ilustrar, do Tribunal Paulista:

> "Coisa comum. Reintegração de posse. Autor que, na qualidade de coproprietário, pretende a reintegração na posse de bem utilizado pelos demais proprietários. Carência da ação corretamente decretada. Copossuidores que ostentam a mesma qualidade da posse, não havendo como deferir ao autor a reintegração pretendida. Esbulho não configurado. Eventual indenização pelo uso exclusivo do imóvel que poderá ser pleiteada em ação própria, mas não a escolhida. Além da composse, as partes são coproprietárias do bem, de sorte que prevalece a regra constante no art. 1.314 do Código Civil. Condômino que não pode afastar o outro da posse da coisa comum. Precedentes desta Câmara. Sentença mantida. Recurso improvido" (TJSP, Apelação 994.06.018116-3, Acórdão 4555957, Socorro, Oitava Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Salles Rossi, j. 16.06.2010, *DJESP* 07.07.2010).

Ato contínuo, prevê o parágrafo único do art. 1.314 que nenhum dos condôminos pode alterar a destinação da coisa comum, nem dar posse, uso ou gozo dela a estranhos, sem o consenso dos outros. Em casos de cessão sem autorização, por óbvio, caberá ação de reintegração de posse em face do terceiro.

O condômino é obrigado, na proporção de sua parte, a concorrer para as despesas de conservação ou divisão da coisa e a suportar os ônus a que estiver sujeito. Há uma presunção relativa ou *iuris tantum* de igualdade das partes ideais dos condôminos (art. 1.315 do CC).

Eventualmente, pode o condômino eximir-se do pagamento das despesas e dívidas, renunciando à parte ideal (art. 1.316). Esse *direito de renúncia* constitui novidade introduzida pelo CC/2002. Nos termos do § 1.º do comando, se os demais condôminos assumirem as despesas e as dívidas, a renúncia lhes aproveita, adquirindo a parte ideal de quem renunciou, na proporção dos pagamentos que fizerem. Se não houver condômino que faça os pagamentos, a coisa comum será dividida de forma igualitária entre os condôminos restantes (§ 2.º).

Presente dívida contraída por todos os condôminos, sem se discriminar a parte de cada um na obrigação, nem se estipular solidariedade, entende-se que cada qual se obrigou proporcionalmente ao seu quinhão na coisa comum (art. 1.317 do CC). Além disso, as dívidas contraídas por um dos condôminos em proveito da comunhão, e durante ela, obrigam o contratante. Porém, este tem ação regressiva contra os demais (art. 1.318 do CC). A exemplificar, se naquele caso do imóvel litorâneo dos três amigos houver uma dívida trabalhista relativa ao bem em nome de um deles, responderá este, com direito de cobrança via regresso contra os demais, sempre na proporção de suas participações.

Ainda a respeito dos deveres e responsabilidades, enuncia o art. 1.319 do CC que cada condômino responde aos outros pelos frutos que percebeu da coisa e pelo dano que lhe causou. Aplicando a norma, do STJ, colaciona-se julgado que analisa problema relativo a bem em condomínio entre ex-cônjuges:

> "Direito civil. Família. Recurso especial. Ação de cobrança de indenização entre ex-cônjuges, em decorrência do uso exclusivo de imóvel ainda não partilhado. Estado de condomínio. Indenização correspondente a metade do valor da renda de estimado aluguel, diante da fruição exclusiva do bem comum por um dos condôminos. Concorrência de ambos os condôminos nas despesas de conservação da coisa e nos ônus a que estiver sujeita. Possível dedução. Arts. 1.319 e 1.315 do CC/02. Com a separação do casal cessa a comunhão de bens, de modo que, embora ainda não operada a partilha do patrimônio comum do casal, é facultado a um dos ex-cônjuges exigir do outro, que estiver na posse e uso exclusivos de determinado imóvel, a título de indenização, parcela correspondente à metade da renda de um presumido aluguel, devida a partir da citação. Enquanto não dividido o imóvel, a propriedade do casal sobre o bem remanesce, sob as regras que regem o instituto do condomínio, notadamente aquela que estabelece que cada condômino responde aos outros pelos frutos que percebeu da coisa, nos termos do art. 1.319 do CC/02. Assim, se apenas um dos condôminos reside no imóvel, abre-se a via da indenização àquele que se encontra privado da fruição da coisa. Subsiste, em igual medida, a obrigação de ambos os condôminos, na proporção de cada parte, de concorrer para as despesas inerentes à manutenção da coisa, o que engloba os gastos resultantes da necessária regularização do imóvel junto aos órgãos competentes, dos impostos, taxas e encargos que, porventura, onerem o bem, além, é claro, da obrigação de promover a sua venda, para que se ultime a partilha, nos termos em que formulado o acordo entre as partes. Inteligência do art. 1.315 do CC/02. Recurso Especial parcialmente provido" (STJ, REsp 983.450/RS, 3.ª T., Rel.ª Min.ª Fátima Nancy Andrighi, j. 02.02.2010, *DJE* 10.02.2010).

A todo tempo será lícito ao condômino exigir a divisão da coisa comum, respondendo o quinhão

de cada um pela sua parte nas despesas da divisão (art. 1.320 do CC). Não sendo atendido esse direito de forma amigável, caberá *ação de divisão*, que é imprescritível, como consagra a própria norma, pelo uso do termo "a todo tempo".[103] Aplicam-se à divisão do condomínio, no que couber, as regras de partilha de herança (art. 1.321). Não sendo possível a divisão, cabe a *alienação judicial da coisa*, dividindo-se o valor recebido na proporção das quotas de cada uma.

Eventualmente, podem os condôminos acordar que fique indivisa a coisa comum por prazo não maior de cinco anos, suscetível de prorrogação ulterior (§ 1.º). Essa *indivisão convencional* não pode exceder o prazo de cinco anos nas hipóteses de doação e testamento (§ 2.º). Havendo requerimento de qualquer interessado e sendo *graves as razões* – o que constitui uma cláusula geral a ser preenchida caso a caso –, pode o juiz determinar a divisão da coisa comum antes do prazo (§ 3.º).

Se a coisa for indivisível, e os consortes não quiserem adjudicá-la a um só, indenizando os outros, será ela vendida e repartido o apurado. Prefere-se, na venda, em condições iguais de oferta, o condômino ao estranho, e entre os condôminos aquele que tiver na coisa benfeitorias mais valiosas, e, não as havendo, o de quinhão maior (art. 1.322 do CC). Esse direito de preferência está em sintonia com o *direito de preempção legal* existente a favor do condômino de coisa indivisível na compra e venda (art. 504 do CC).

Nos termos do parágrafo único do art. 1.322 do CC, se nenhum dos condôminos tem benfeitorias na coisa comum e participam todos do condomínio em partes iguais, será realizada uma *licitação especial* entre estranhos. Antes de adjudicada a coisa àquele que ofereceu maior lance, a licitação será procedida entre os condôminos, a fim de que a coisa seja adjudicada a quem afinal oferecer melhor lanço. Em casos tais, por razões óbvias, prefere-se, em condições iguais, o condômino ao estranho.

Superado o estudo dos direitos e deveres dos condôminos, preconiza o art. 1.323 do CC que, deliberando a maioria sobre a administração da coisa comum, escolherá o administrador, que poderá ser estranho ao condomínio. Esse administrador age com um mandato legal, representando todos os condôminos nos seus interesses. Do mesmo modo é a atuação do condômino que administra sem oposição dos outros, presumindo-se ser representante comum (art. 1.324).

Ainda no que concerne à administração e às decisões dos condôminos, a maioria será calculada pelo valor dos quinhões (art. 1.325 do CC). As deliberações dos condôminos têm força vinculativa obrigatória, sendo tomadas por maioria absoluta (§ 1.º). Não sendo possível alcançar maioria absoluta, decidirá o juiz, a requerimento de qualquer condômino, ouvidos os outros (§ 2.º). Havendo dúvida quanto ao valor do quinhão para as deliberações, será este avaliado judicialmente (§ 3.º). Aplicando os preceitos, para ilustrar, transcreve-se decisão do STJ:

"Civil e processo civil. Ação possessória. Negativa de prestação jurisdicional. Ausência. Condomínio. Destinação da coisa

comum. Prerrogativa da maioria. Inadequação da via eleita. I – Não se viabiliza o especial pela indicada ausência de prestação jurisdicional, porquanto verifica-se que a matéria em exame foi devidamente enfrentada, emitindo-se pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão dos recorrentes. A jurisprudência desta Casa é pacífica ao proclamar que, se os fundamentos adotados bastam para justificar o concluído na decisão, o julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos utilizados pela parte. II – O Tribunal de origem entendeu que a liminar na ação possessória não era cabível porque a situação dos autos se enquadrava na regra geral segundo a qual não é possível um condômino ajuizar ação possessória contra outro, pela simples razão de que, nessas hipóteses, a posse é exercida legítima e indistintamente por todos, não sendo possível estabelecer de antemão a extensão da posse de cada um. III – Os artigos 1.323 e 1.325, § 1.º, do Código Civil, que conferem à maioria dos condôminos, reunida, poder para definir a destinação do bem, espelham prerrogativa inerente à propriedade, não sendo suficientes para autorizar a persecução desse direito em sede de ação possessória. Incidência da Súmula nº 283 do Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental improvido" (STJ, AgRg no REsp 1.005.009/MG, 3.ª T., Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 16.06.2009, *DJE* 24.06.2009).

Encerrando o estudo do condomínio voluntário, estabelece o art. 1.326 do CC que os frutos da coisa comum, não havendo previsão em contrário, serão partilhados na proporção dos quinhões. Assim, se o imóvel em condomínio for locado a terceiro, os aluguéis devem ser divididos na proporção de cada um.

7.6.3 Do condomínio necessário

As situações típicas de condomínio legal ou necessário envolvem o direito de vizinhança outrora estudado, a saber, as meações de paredes, cercas, muros e valas (art. 1.327 do CC). Como exemplo concreto, imagine-se que duas fazendas são limítrofes, havendo entre elas um mata-burro, vala colocada para impedir a passagem de animais. Em relação ao mata-burro há um condomínio necessário entre os proprietários das fazendas.

Desse modo, o proprietário que tem o direito de estremar um imóvel com paredes, cercas, muros, valas ou valados, possui do mesmo modo o direito de adquirir a meação na parede, muro, valado ou cerca do vizinho, embolsando a metade do que atualmente valer a obra e o terreno por ela ocupado (art. 1.328 do CC). Não havendo acordo entre os dois proprietários no preço da obra, será este arbitrado por peritos em ação judicial, a expensas de ambos os confinantes (art. 1.329 do CC). Cumpre destacar que essa *ação de fixação do preço da obra divisória* pode ser proposta por qualquer um dos proprietários.

Por fim, a respeito do tema, qualquer que seja o valor da meação, enquanto aquele que pretender a divisão não o pagar ou o depositar, nenhum uso poderá fazer da parede, muro, vala, cerca ou qualquer outra obra divisória (art. 1.330 do CC). Anote-se que essa vedação do uso da obra divisória mantém relação direta com a vedação do enriquecimento sem causa e com o caráter ético que inspira a atual codificação.

7.6.4 Do condomínio edilício

7.6.4.1 *Regras gerais básicas. Instituição e constituição. A questão da natureza jurídica do condomínio edilício*

O CC/2002 passou a disciplinar o condomínio edilício, o que é tido como uma feliz inovação, eis que o fenômeno real muito interessa à contemporaneidade, merecendo um tratamento específico na codificação privada. Conforme relatam Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado, doutrinadores que participaram no processo de elaboração da atual lei civil, o termo *condomínio edilício* foi introduzido por Miguel Reale, por se tratar de uma expressão nova de incontestável origem latina, muito utilizada, por exemplo, pelos italianos.[104] Ainda são usados os termos *condomínio em edificações* e *condomínio horizontal* (eis que as unidades estão horizontalmente uma para as outras).

O CC/2002 consolidou o tratamento que constava da primeira parte da Lei 4.591/1964 (arts. 1.º a 27). Sendo assim, filia-se à corrente que sustenta a revogação tácita de tais comandos, nos termos do art. 2.º, § 1.º, da Lei de Introdução, eis que a codificação regulou inteiramente a matéria. Daquela Lei específica, subsiste apenas o tratamento referente às incorporações imobiliárias.[105]

Cumpre destacar que se segue o entendimento doutrinário que prega a aplicação das regras do condomínio edilício para categorias similares. Nesse sentido, o Enunciado n. 89 do CJF/STJ, da *I Jornada de Direito Civil, in verbis*: "O disposto nos arts. 1.331 a 1.358 do novo Código Civil aplica-se, no que couber, aos condomínios assemelhados, tais como loteamentos fechados, multipropriedade imobiliária e clubes de campo". De toda sorte, anote-se a existência de decisão do Supremo Tribunal Federal que concluiu pela não incidência das regras relativas ao condomínio edilício no tocante à cobrança de taxas de administração para os condomínios fechados de casas, tratados como associações de moradores. A ementa do julgado foi assim publicada: "Associação de moradores. Mensalidade. Ausência de adesão. Por não se confundir a associação de moradores com o condomínio disciplinado pela Lei 4.591/1964, descabe, a pretexto de evitar vantagem sem causa, impor mensalidade a morador ou a proprietário de imóvel que a ela não tenha aderido. Considerações sobre o princípio da legalidade e da autonomia da manifestação de vontade – artigo 5.º, incisos II e XX, da Constituição Federal" (STF, RE 432106, Rel. Min. Marco Aurélio, 1.ª Turma, j. 20.09.2011).

A respeito da estrutura interna do condomínio edilício, preconiza o art. 1.331 do CC que pode haver, em edificações, duas modalidades de *partes:*

→ Partes que são propriedade exclusiva (*áreas autônomas* ou *exclusivas*) – caso dos apartamentos, dos escritórios, das salas, das lojas, das sobrelojas ou abrigos para veículos, com as respectivas frações ideais no solo e nas outras partes

comuns. Como componentes da propriedade exclusiva – havendo uma *fração real* –, podem ser alienadas e gravadas livremente por seus proprietários, não havendo direito de preferência a favor dos outros condôminos. A norma – § 1.º do art. 1.331 – foi recentemente alterada pela Lei 12.607, de 4 de abril de 2012. Passou, assim, a prever que os abrigos de veículo não poderão ser alienados ou alugados a pessoas estranhas ao condomínio, salvo autorização expressa na convenção de condomínio. A alteração tem justificativa na proteção da segurança do condomínio, bem como na sua funcionalidade. Insta verificar que muitas convenções de condomínio já traziam tal proibição. De toda sorte, como se verá a seguir, mesmo quando constar tal autorização na convenção, deve ser feita a ressalva do direito de preferência para locação da vaga de garagem.

→ Partes que são propriedade comum dos condôminos (*áreas comuns*) – o solo, a estrutura do prédio, o telhado, a rede geral de distribuição de água, esgoto, gás e eletricidade, a calefação e refrigeração centrais, e as demais partes comuns, inclusive o acesso ao logradouro público. Não podem ser alienados separadamente, ou divididos. Em relação a tais áreas, a cada unidade imobiliária caberá, como parte inseparável, uma *fração ideal no solo* e nas outras partes comuns, que será identificada em forma decimal ou ordinária no instrumento de instituição do condomínio. Nenhuma unidade imobiliária pode ser privada do acesso ao logradouro público. Anote-se que, pela lei, o terraço de cobertura é parte comum, salvo disposição contrária da escritura de constituição do condomínio. Além disso, segundo a doutrina, no condomínio edilício é possível a utilização exclusiva de área "comum" que, pelas próprias características da edificação, não se preste ao "uso comum" dos demais condôminos (Enunciado n. 247 do CJF/STJ). Como exemplos, mencionem-se as vigas e pilares existentes nos apartamentos.

Como outrora foi anotado, há no condomínio, substancialmente, uma relação entre coisas e não entre pessoas. Sendo assim, conforme pacífica conclusão da jurisprudência, não há que se falar em relação jurídica de consumo entre os condôminos (por todos: STJ, REsp 239.578/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 08.02.2000, *DJU* 28.02.2000, p. 122; TJPR, Apelação Cível 0537835-0, Curitiba, 9.ª Câmara Cível, Rel.ª Des.ª Rosana Amaral Girardi Fachin, *DJPR* 08.05.2009, p. 309; TJMG, Apelação Cível 1.0701.03.047894-8/001, Uberaba, 17.ª Câmara Cível, Rel. Des. Lucas Pereira, j. 06.09.2006, *DJMG* 05.10.2006). Como os condôminos são componentes da relação entre as coisas, falta a alteridade própria das relações de consumo.

Pois bem, para essa estruturação são essenciais dois atos, quais sejam a *instituição* e a *constituição* do condomínio edilício.

Nos termos do art. 1.332 do CC, a instituição do condomínio edilício pode ser feita por ato entre vivos ou testamento, registrado no Cartório de Registro de Imóveis. Como notório e corriqueiro ato de instituição *inter vivos*, cite-se o negócio jurídico de incorporação imobiliária. Devem constar da instituição:

I) A discriminação e individualização das unidades de propriedade exclusiva, estremadas uma das outras e das partes comuns, que constitui um trabalho essencialmente de engenharia.

II) A determinação da fração ideal atribuída a cada unidade, relativamente ao terreno e às partes comuns.

III) O fim a que as unidades se destinam, o que é fundamental para a funcionalização concreta do condomínio edilício.

No que concerne à *convenção de condomínio*, essa constitui o *estatuto coletivo* que regula os

interesses das partes, havendo um típico negócio jurídico decorrente do exercício da autonomia privada. Enuncia o art. 1.333 do CC que a convenção que constitui o condomínio edilício deve ser subscrita pelos titulares de, no mínimo, dois terços das frações ideais, tornando-se, desde logo, obrigatória para os titulares de direito sobre as unidades, ou para quantos sobre elas tenham posse ou detenção. Para ser oponível contra terceiros (efeitos *erga omnes*), a convenção do condomínio deverá ser registrada no Cartório de Registro de Imóveis. Todavia, consigne-se que, conforme a Súmula 260 do STJ, a convenção de condomínio aprovada, ainda que sem registro, é eficaz para regular as relações entre os condôminos (efeitos *inter partes*).

Como se nota, a convenção é regida pelo princípio da força obrigatória da convenção (*pacta sunt servanda*). Porém, na realidade contemporânea, não se pode esquecer que tal preceito não é absoluto, encontrando fortes limitações nas normas de ordem pública, nos preceitos constitucionais e em princípios sociais, caso da boa-fé objetiva e da função social. Na teoria e na prática, a grande dificuldade está em saber os limites de licitude das estipulações da convenção condominial.

Para ilustrar, surge a polêmica referente à presença de animais nas dependências do condomínio. Três situações podem ser apontadas: *a)* a convenção de condomínio proíbe a estada de animais; *b)* a convenção é omissa sobre o assunto; *c)* a convenção permite os animais. Nos dois últimos casos, em regra, a permanência dos animais é livre, a não ser que o animal seja perturbador ou incompatível com o bem-estar e a boa convivência dos condôminos.

Ademais, mesmo nos casos em que há proibição na convenção de condomínio, a boa jurisprudência tem entendido que é permitida a permanência do animal de estimação, desde que ele não perturbe o sossego, a saúde e a segurança dos demais coproprietários:

> "Condomínio. Ação declaratória c.c. obrigação de fazer. Parcial procedência. Condôminos que mantêm cachorro de pequeno porte (raça *Yorkshire*) em sua unidade condominial. Convenção condominial que proíbe a manutenção de qualquer espécie de animal nas dependências do condomínio. Abusividade, na hipótese. Inexistência de qualquer espécie de risco aos demais condôminos. Provas no sentido de que referido animal não causa qualquer transtorno aos moradores. Entendimento jurisprudencial que permite a permanência de animais de pequeno porte (hipótese dos autos) nas dependências do condomínio. Ausência de risco ao sossego e segurança dos condôminos (art. 10, III, Lei 4.591/1964). Sentença mantida. Recurso improvido" (TJSP, Apelação 994.05.049285-2, Acórdão 4383110, Sorocaba, 8.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Salles Rossi, j. 17.03.2010, *DJESP* 12.04.2010).

> "Obrigação de fazer. Condomínio edilício. Ação objetivando a retirada de animais domésticos. Convenção condominial proibindo a permanência de qualquer animal nos apartamentos ou nas dependências internas do condomínio. Pedido julgado improcedente. Apelação. Mudança de um dos corréus. Falta de interesse recursal superveniente. Inadmissibilidade do recurso em relação aos demais litisconsortes. Norma interna que não pode arredar o direito do condômino de usufruir de sua unidade autônoma, mantendo junto de si animal de pequeno ou de médio porte que não cause incômodo aos vizinhos nem ponha em risco a integridade física dos moradores. Recurso desprovido na parte conhecida" (TJSP, Apelação 994.03.096149-9, Acórdão 4271082, Limeira, 5.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. J. L. Mônaco da Silva, j. 16.12.2009, *DJESP* 19.02.2010).

Releve-se, ainda, acórdão do Tribunal de Justiça de Pernambuco, da lavra do Desembargador

Jones Figueirêdo Alves, concluindo que é possível permitir a permanência de animal de grande porte em condomínio edilício, desde que este não perturbe a paz e o sossego da coletividade. A *decisium* foi assim ementada, em resumo: "Ação de obrigação de fazer. Condomínio. Criação de animal de grande porte. Proibição. Norma interna e sua relativização. Interpretação teleológica. Congraçamento entre os direitos individuais e coletivos. Cão de conduta dócil. Sossego, salubridade e segurança preservados. Apelo provido" (TJPE, Apelação Cível 259.708-6, 4.ª Câmara de Direito Privado, Origem: 19.ª Vara Cível da Capital, decisão de 31 de outubro de 2012).

O julgado cita trecho da coleção de Direito Civil deste autor, ainda em coautoria com José Fernando Simão, deduzindo que, "com efeito, a permanência de um animal em um prédio só pode ser proibida se houver violação do sossego, da salubridade e da segurança dos condôminos (art. 1.336, IV, Código Civil). No ponto, invoca-se o clássico paradigma dos três 'S', para 'uma devida eficiência de análise do caso concreto ao desate meritório'. Bem a propósito, o magistério de Flávio Tartuce e José Fernando Simão sustenta: '... Sendo expressa a proibição de qualquer animal, não há que prevalecer a literalidade do texto que representa verdadeiro exagero na restrição do direito de uso da unidade autônoma, que é garantido por lei' (art. 1.335, I, do CC e art. 19 da Lei n.º 4.591/1964), valendo o entendimento pelo qual se deve afastar a literalidade da convenção para a análise do caso concreto". Em artigo publicado no site *Migalhas*, Jones Figueirêdo Alves comenta o acórdão e menciona o caso do domador de ursos, geralmente utilizado em aulas de Teoria Geral do Direito para ilustrar a concepção da equidade:

> "Antes de mais, retenha-se a alegoria do domador de ursos, citada por Luis Recasens Siches na sua consagrada obra Filosofía Del Derecho que a seu turno refere a Radbruch e aquele toma por premissa a hipótese de Petrasyski, onde se relata o caso: '(...) En el andén de una estación ferroviaria de Polonia había un letrero que transcribía un artículo del reglamento de ferrocarriles, cuyo texto rezaba: 'Se prohibe el paso al andén con perros'. Sucedió una vez que alguien iba a penetrar en el andén acompañado de un oso. El empleado que vigilaba la puerta le impidió el acceso. Protestó la persona que iba acompañada del oso, diciendo que aquel artículo del reglamento prohibía solamente pasar al andén con perros, pero no con otra clase de animales; y de ese modo surgió un conflicto jurídico, que se centró en torno de la interpretación de aquel artículo del reglamento. No cabe la menor duda de que, si aplicamos estrictamente los instrumentos de la lógica tradicional, tendremos que reconocer que la persona que iba acompañada del oso tenía indiscutible derecho a entrar ella junto con el oso al andén. No hay modo de incluir a los osos dentro del concepto 'perros''. Pois bem: em ser assim, deverá haver na estimação da norma, a devida congruência entre meios e fins, para que sua eficácia exalte a sua própria razão de ser. Toda norma deve ser interpretada teleologicamente, ou seja, pela ideia-força que a construiu".[106]

Os acórdãos e as lições expostas tornam a convenção letra morta, em prol de uma interpretação mais condizente com os valores coletivos e sociais (funcionalização social). Não se olvide a questão ideológica dos julgamentos, até porque muitos dos julgadores estão em posição semelhante ao conteúdo das demandas, residindo em condomínios e tendo seus animais de estimação, que não perturbam os vizinhos.

Na doutrina consolidada tem-se entendido de forma semelhante. Tanto isso é verdade que, na *VI*

Jornada de Direito Civil, foi aprovado o Enunciado n. 566, de autoria de Cesar Peghini, estabelecendo que "a cláusula convencional que restringe a permanência de animais em unidades autônomas residenciais deve ser valorada à luz dos parâmetros legais de sossego, insalubridade e periculosidade". A justificativa do enunciado doutrinário menciona as "especificidades do caso concreto, como por exemplo, a utilização terapêutica de animais de maior porte. Evita-se, assim, a vedação abusiva na convenção".

Superado esse ponto, como conteúdo, a convenção deve determinar, basicamente, nos termos do art. 1.334 do CC:

> I) A quota proporcional e o modo de pagamento das contribuições dos condôminos para atender às despesas ordinárias e extraordinárias do condomínio.
>
> II) A forma de administração do condomínio edilício.
>
> III) A competência das assembleias, a forma de sua convocação e o *quorum* exigido para as deliberações.
>
> IV) As sanções a que estão sujeitos os condôminos ou os possuidores.
>
> V) O regimento interno, regulamento que traz as regras fundamentais a respeito do cotidiano do condomínio, tais como a utilização das áreas comuns, as restrições de uso, os horários de funcionamento e suas limitações, as proibições e permissões genéricas ou específicas, entre outros conteúdos possíveis. Prevê o Enunciado n. 248 do CJF/STJ que "O *quorum* para alteração do regimento interno do condomínio edilício pode ser livremente fixado na convenção".

Conforme enunciado aprovado na *V Jornada de Direito Civil*, de 2011, "A escritura declaratória de instituição e convenção firmada pelo titular único de edificação composta por unidades autônomas é título hábil para registro da propriedade horizontal no competente Registro de Imóveis, nos termos dos arts. 1.332 a 1.334 do Código Civil" (Enunciado n. 504). Assim, não há necessidade da presença obrigatória de mais de um proprietário do imóvel para a instituição e convenção, o que ocorre nos casos de incorporação imobiliária, geralmente.

A convenção do condômino poderá ser feita por escritura pública ou por instrumento particular, o que está de acordo com o princípio da operabilidade no sentido de simplicidade (art. 1.334, § 1.º, do CC).

Ademais, devem ser equiparados aos proprietários, para os fins de tratamento a respeito da convenção do condomínio, salvo disposição em contrário, os promitentes compradores e os cessionários de direitos relativos às unidades autônomas (art. 1.334, § 2.º, do CC). Em relação aos promitentes compradores, a equiparação abrange tanto o compromisso de compra e venda registrado como o não registrado na matrícula. Em relação aos cessionários, a norma é aplicada ao *gaveteiro*, parte do popular *contrato de gaveta*.

Vistas a estrutura e a constituição do condomínio, cabe discorrer sobre a polêmica acerca da natureza jurídica do condomínio edilício.

Como é notório, a doutrina clássica do CC/1916 via o condomínio edilício como um *ente despersonalizado* ou *despersonificado*, tido como uma *quase pessoa jurídica*.[107] Como argumento, sustentava-se que o condomínio edilício não poderia ser tido como uma pessoa jurídica de Direito Privado, pois o seu rol, constante do art. 16 da codificação anterior, seria taxativo (*numerus clausus*).[108]

Apesar de esse entendimento ainda ser considerado o majoritário – e por isso seguido pela maioria dos julgados[109] –, destaque-se que há forte entendimento entre os doutrinadores contemporâneos e os da nova geração no sentido de considerar o condomínio edilício como pessoa jurídica. Seguindo essa linha, na *I Jornada de Direito Civil* (2002), foi aprovado o Enunciado n. 90 do CJF/STJ, pelo qual “Deve ser reconhecida personalidade jurídica ao condomínio edilício nas relações jurídicas inerentes às atividades de seu peculiar interesse”. Na *III Jornada* (2004), por iniciativa dos juristas Gustavo Tepedino (UERJ) e Frederico Viegas de Lima (UnB), ampliou-se o sentido da ementa anterior, aprovando-se o Enunciado n. 246: “Fica alterado o Enunciado n. 90, com supressão da parte final: ‘nas relações jurídicas inerentes às atividades de seu peculiar interesse’. Prevalece o texto: ‘Deve ser reconhecida personalidade jurídica ao condomínio edilício’”.

Este autor foi convencido da tese da personalidade jurídica do condomínio edilício por um dos seus principais expoentes, o Professor Frederico Henrique Viegas de Lima, por ocasião do *II Congresso de Direito Civil Torquato Castro* , realizado em Recife entre os dias 26 e 29 de setembro de 2007. Ressalte-se que esse jurista defendeu tese de pós-doutorado na Universidade de Genève (Suíça), tratando especificamente do assunto, estudo publicado no Brasil no segundo semestre do ano de 2010.[110]

Como amparo primaz dessa premissa, basta concluir que o rol das pessoas jurídicas de Direito Privado, constante do art. 44 do CC, é exemplificativo (*numerus apertus*).[111] Relembre-se que nesse sentido é o Enunciado n. 144 do CJF/STJ, da *III Jornada de Direito Civil*. A forma de pensar está de acordo com a sistemática filosófica do CC/2002 que adotou um sistema aberto e dinâmico, inspirado na *Teoria Tridimensional do Direito* de Miguel Reale, seu principal idealizador. A demonstrar a repercussão social da tese e o seu impacto para a comunidade, Frederico Viegas de Lima discorre que:

> “A personificação jurídica da comunidade de coproprietários em condôminos especiais em edificações é decorrente das necessidades econômicas e sociais da atualidade.
>
> (...).
>
> O direito brasileiro, buscando preencher o vazio legislativo, diante do reconhecimento de uma lacuna verdadeira, passou a admitir sua personificação jurídica, mediante o trabalho doutrinário. A jurisprudência, até o presente momento, não possui definição firme a respeito dela.
>
> (...).
>
> No Brasil, na atualidade, temos uma proliferação dos grandes condomínios – *il supercondominios*, na doutrina italiana. Compõe-

se de um grande espaço de terreno onde se instalam não somente as edificações dos condomínios especiais em edificações, mas também uma série de equipamentos que facilitam a vida moderna, tais como vagas de garagem, piscinas, quadras poliesportivas e até mesmo campos de golfe. Isso sem falar em lojas e até mesmo em escolas. O principal fundamento para tanto é que no Brasil existem, até mesmo nas grandes cidades, grandes imóveis que permitem a instalação de grandes condomínios, cobrando importância crescente à admissão da personificação jurídica de comunidade de coproprietários em condomínios especiais em edificações".[112]

Desse modo, na linha das palavras do jurista, do ponto de vista prático, a personalidade jurídica do condomínio edilício traz algumas vantagens, podendo ser destacadas três como principais:

> *1.ª vantagem* – As reuniões de condomínio são *profissionalizadas* e facilitadas, delas participando apenas condôminos eleitos, com direito a voto, a exemplo do que ocorre com as associações.
>
> *2.ª vantagem* – Os condomínios edilícios pessoas jurídicas podem prestar serviços diversificados diretamente aos seus condôminos, como atividades de recreação e esportivas, bem como serviços de transporte. Conforme destacou Frederico Viegas em sua palestra, na realidade atual, condomínios das grandes cidades constituem associações para tais fins, o que passa a ser desnecessário com a tese que se propõe.
>
> *3.ª vantagem* – Os condomínios podem adquirir imóveis por adjudicação. Essa é a grande discussão jurídica que está por trás do debate a respeito da natureza jurídica do condomínio edilício, havendo julgados que afastam essa possibilidade justamente pela falta de personalidade jurídica (por todos: TJSP, Apelação Cível 100.185-0/2-00. Decisão do Conselho Superior da Magistratura, julgado em 04.09.2003). A propriedade é concretamente funcionalizada, transformando-se o condomínio em forma de investimento. Ilustrando na prática, o condomínio pode adquirir os imóveis dos condôminos inadimplentes, locando-os posteriormente a terceiros. Com isso, os condôminos restantes adquirem o domínio da unidade, além de usufruírem da locação, que reduz o valor da contribuição mensal.

Com estrutura e função, imagina-se que está totalmente justificada a tese da personalidade jurídica do condomínio edilício, devendo ser alterado o entendimento jurisprudencial até o presente momento consolidado.

A propósito, como palavras finais para o tema, espera-se que a problemática seja estabilizada com a aprovação de um dos projetos de lei que visam à inclusão do condomínio edilício no rol das pessoas jurídicas de Direito Privado, que consta do art. 44 do Código Civil. Pode ser citado, com esse fim, o Projeto de Lei 7.983/2014, do Deputado Arthur Oliveira Maia. Conforme as justificativas da proposição, às quais se filia: "ressalte-se que essa ausência de personalidade jurídica combinada com a capacidade de ser parte em juízo tem causado sérios problemas para os condomínios. Um deles consiste na impossibilidade de o condomínio registrar em cartório bens imóveis auferidos em ação de cobrança contra condômino inadimplente. Ou seja, o condomínio pode litigar, mas não pode adquirir alguns bens por não ter personalidade jurídica. Ora, essa é uma situação teratológica que não deve persistir em nosso ordenamento jurídico. Sendo assim, é de bom alvitre que essa lacuna seja suprimida. É por isso que a aprovação deste projeto de lei é de grande importância para os

condomínios".

7.6.4.2 *Direitos e deveres dos condôminos. Estudo das penalidades no condomínio edilício*

Como ocorre com o condomínio voluntário ou convencional, o CC/2002 traz regras importantes a respeito dos direitos e deveres dos condôminos, bem como das penalidades que surgem da violação dos últimos. De início, enuncia o art. 1.335 do CC que são direitos dos condôminos:

a) Usar, fruir e livremente dispor das suas unidades, faculdades que decorrem automaticamente do exercício da propriedade (GUD).

b) Usar das partes comuns, conforme a sua destinação, e contanto que não exclua a utilização dos demais compossuidores. Havendo exclusão do direito de outrem, caberá ao condomínio ou ao próprio condômino prejudicado ingressar com a ação cabível, que pode ser a ação de reintegração de posse ou de obrigação de fazer. Tratando da última demanda, por exemplo: "Condomínio. Ação de obrigação de não fazer, uso de box de garagem para fins de depósito de objetos. Destinação específica do espaço para o estacionamento de veículos, conforme a convenção condominial. Necessidade de respeito à destinação da área. Aplicação do disposto no art. 1.335, inciso II, do Código Civil. Eventual uso indevido do espaço por outros condôminos. Circunstância que não abona a conduta da ré, cabendo-lhe, no máximo, representar ao Síndico para que adote as medidas necessárias com vistas ao respeito da disposição contida na Convenção. Sentença mantida. Apelo improvido" (TJSP, Apelação com Revisão 520.521.4/4, Acórdão 3570512, Santos, 3.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Donegá Morandini, j. 11.11.2008, *DJESP* 15.05.2009).

c) Votar nas deliberações da assembleia e delas participar, estando quite, ou seja, em dia com suas obrigações condominiais. Eventual condômino que queira participar da assembleia deve quitar o débito, o que pode ser feito judicial ou extrajudicialmente (TJMG, Apelação Cível 1.0024.04.501945-2/001, Belo Horizonte, 13.ª Câmara Cível, Rel.ª Des.ª Eulina do Carmo Almeida, j. 23.11.2006, *DJMG* 19.01.2007). A respeito do direito de voto do locatário, há quem entenda que ele não mais persiste, diante da revogação do art. 24, § 4.º, da Lei 4.591/1964.[113] Todavia, como a lei passou a ser omissa a respeito do tema, nos termos do art. 4.º da Lei de Introdução, a questão deve ser resolvida com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Ora, é costumeiro o direito de participação do locatário – o que, aliás, geralmente consta da convenção –, devendo ele ser preservado.

Sem dúvidas, uma das matérias que mais interessa ao condomínio edilício é a relacionada aos deveres dos condôminos e às penalidades impostas pela lei ao inadimplente. Vejamos, então, os deveres preconizados pelo art. 1.336 do CC:

I) O condômino deve contribuir para as despesas do condomínio na proporção das suas frações ideais, salvo disposição em contrário na convenção. A possibilidade de previsão em contrário é novidade introduzida pela Lei 10.931/2004. Assim, em regra, o proprietário da cobertura que equivale a dois apartamentos deve pagar o dobro da verba condominial única. Porém, a convenção pode estipular que o pagamento daquele equivale a 1,5 da unidade comum.

II) O condômino tem o dever de não realizar obras que comprometam a segurança da edificação. Em casos tais, além das penalidades pecuniárias, caberá ação de nunciação de obra nova ou mesmo ação demolitória proposta pelo condomínio ou por qualquer condômino. A exemplificar, envolvendo também a próxima previsão: "Agravo de instrumento. Nunciação de obra nova. Pedido de liminar. Concessão. 1. Caso em que o exame da prova dos autos permite observar que a obra realizada pelos agravados na parte externa de seu imóvel (cobertura) contraria convenção de condomínio, estando em desacordo com

determinação majoritária dos condôminos. Hipótese em que a obra implica alteração da fachada do edifício, sem que haja autorização unânime dos condôminos para tanto. 2. Situação, outrossim, em que o acúmulo de materiais põe em risco a segurança do prédio, conforme apurado em laudo pericial. Requisitos do art. 273, *caput* e inciso I, do CPC verificados. Liminar deferida. Recurso a que se dá provimento" (TJRS, Agravo de Instrumento 70028934248, Taquara, 17.ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Renato Alves da Silva, j. 02.07.2009, *DOERS* 12.08.2009, p. 62).

III) Dever de não alterar a forma e a cor da fachada, das partes e esquadrias externas, o que visa a manter a harmonia estética do condomínio. Imagine-se, por exemplo, se cada condômino resolvesse pintar a fachada de sua unidade com as cores do seu time do coração. A questão do fechamento da fachada da varanda ou sacada por vidro translúcido gera controvérsia, havendo julgados que apontam tratar-se de alteração estética que deve ser autorizada pela convenção ou por unanimidade em assembleia (TJSP, Apelação com Revisão 498.770.4/6, Acórdão 3247485, Santos, 10.ª Câmara de Direito Privado; Rel. Des. César Augusto Fernandes, j. 27.08.2008, *DJESP* 10.10.2008). Este autor está filiado à corrente que prega a sua possibilidade, desde que não altere substancialmente a estética do prédio (TJMG, Apelação 1.0024.04.391299-7/001, 15.ª Câmara Cível, Rel. Viçoso Rodrigues, Data da publicação 08.08.2006).

IV) O condômino tem o dever de dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação, e não as utilizar de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes.

Em relação ao último dever, três questões merecem ser aprofundadas na prática. Primeiro, anote-se o problema da lei do silêncio e do excesso de barulho no apartamento, servindo para ilustrar:

"Uso nocivo da propriedade. Condomínio e vizinhança. Perturbação do sossego. Poluição sonora causada por utilização abusiva de aparelho de som (rádio e cd) em horário de repouso noturno. Descumprimento às normas atinentes ao convívio social. Manutenção da condenação à abstenção de tal prática. 1. Havendo a perturbação do sossego em face de utilização indevida de aparelho de som (com volume excessivo) pelo réu, mostra-se adequado o pedido de abstenção de tal prática quando comprovada a perturbação, em função do barulho, comprometedora do sossego familiar. 2. A obrigação de não fazer (abstenção de manter o aparelho de som em volume alto), respeitando o horário de descanso, 22h, imposta na sentença de primeiro grau, visa a garantir o convívio pacífico da vizinhança e está respaldada pelas normas que regulam as relações sociais previstas na Legislação Civil. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. Recurso improvido" (TJRS, Recurso Cível 71001517911, Sapiranga, 1.ª Turma Recursal Cível, Rel. Des. Ricardo Torres Hermann, j. 27.03.2008, *DOERS* 02.04.2008, p. 114).

No que concerne à utilização da área conforme a destinação do condomínio, não se pode abster totalmente o condômino de trabalhar no imóvel, desde que isso não perturbe o sossego dos demais condôminos. A título de exemplo, o presente livro foi escrito em uma unidade de condomínio residencial, localizado na Vila Mariana, em São Paulo, Capital. Não se pode esquecer que o direito ao trabalho é um direito social e fundamental (art. 7.º da CF/1988) que deve ser preservado ao máximo, conforme se retira da ementa a seguir:

"Civil. Ação cominatória. Direito de vizinhança. Condômino que ministra aulas de educação física. Horário comercial. Não demonstração de violação dos limites ordinários de tolerância. Direito ao trabalho e à livre iniciativa. Honorários advocatícios. Nos termos do art. 1.277 do Código Civil, os limites ordinários de tolerância dos moradores devem ser analisados no caso concreto, a fim de se configurar, ou não, a violação aos direitos de vizinhança. Não há que se falar em violação dos direitos de vizinhança se o empreendimento comercial do condômino, consistente no ministério de aulas coletivas de educação física em sua residência, em horário comercial, além de não ser vedado pelo Estatuto do Condomínio, não produz barulho que supere os decibéis toleráveis

para a legislação. Ademais, a circulação de alguns alunos em horário comercial não tem o condão de afetar, de maneira drástica, o sossego dos moradores do condomínio. O direito ao trabalho e à livre iniciativa, insculpidos no *caput* do art. 170 da Constituição Federal, apenas pode ser limitado mediante previsão legal ou quando em legítimo conflito com outro direito fundamental. Mantém-se o valor arbitrado a título de honorários advocatícios se em conformidade com os parâmetros fixados nas alíneas do § 3.º do art. 20 do CPC" (TJDF, Recurso 2006.08.1.004799-7, Acórdão 384.239, 4.ª Turma Cível, Rel. Desig. Des. Sérgio Bittencourt, *DJDFTE* 04.11.2009, p. 136).

Por fim, problema relativo aos bons costumes surge quando o condômino desenvolve atividade que por si só causa constrangimento aos demais moradores, caso da prostituição. Conforme se extrai da jurisprudência, até é possível fazer cessar a atividade, desde que isso seja devidamente comprovado por quem a alega:

"Ação cominatória. Obrigação de não fazer. Uso ilícito de unidade autônoma, a violar os bons costumes. Alegação de utilização de loja como ponto de prostituição. Ausência de prova de desvio de uso. Condomínio autor que protestou por julgamento antecipado da lide, sem a realização de audiência de conciliação ou mesmo de instrução. Insuficiência de provas, fundadas somente em abaixo-assinado vago em imputações e nas alegações da própria inicial. Ação improcedente. Sentença mantida. Recurso não provido" (TJSP, Apelação Cível 436.450.4/2, Acórdão 3174270, São Paulo, 4.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Eduardo Loureiro, j. 07.08.2008, *DJESP* 01.09.2008).

Partindo-se para o estudo das penalidades ao condômino, enuncia o § 1.º do art. 1.336 que aquele que não pagar a sua contribuição ficará sujeito aos juros moratórios convencionados ou, não sendo previstos, os de um por cento ao mês (1% a.m.) e multa de até dois por cento sobre o débito. Eis aqui uma das principais inovações da codificação de 2002, pois a multa foi reduzida de 20% sobre o débito (art. 12, § 3.º, da Lei 4.591/1964) para os citados 2% (dois por cento).

Deve ficar claro que é nula qualquer estipulação que *disfarce* ou simule uma multa superior a 2%, eis que a norma é de ordem pública. Nesse contexto, é nulo o conhecido *desconto por pontualidade*, conforme reconhece enunciado doutrinário aprovado na *V Jornada de Direito Civil*, que confirma o entendimento jurisprudencial: "É nula a estipulação que, dissimulando ou embutindo multa acima de 2%, confere suposto desconto de pontualidade no pagamento da taxa condominial, pois configura fraude à lei (Código Civil, art. 1336, § 1.º) e não redução por merecimento" (Enunciado n. 505 do CJF/STJ).

Como questão controvertida que surgiu nos primeiros anos da vigência do CC/2002 restou a dúvida se a inovação teria aplicação imediata, abrangendo os condomínios constituídos na vigência da legislação anterior. O STJ acabou por concluir que sim, conforme ementas a seguir destacadas, que influenciaram a jurisprudência de todo o país:

"Condomínio. Multa. Aplicação do art. 1.336, § 1.º, do Código Civil de 2002. Precedentes da Corte. 1. Já assentou esta Terceira Turma que a 'natureza estatutária da convenção de condomínio autoriza a imediata aplicação do regime jurídico previsto no novo Código Civil, regendo-se a multa pelo disposto no respectivo art. 1.336, § 1.º" (REsp n.º 722.904/RS, de minha relatoria, DJ de 1.º.07.2005). 2. Recurso especial conhecido e provido" (STJ, REsp 663.436/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3.ª

Turma, j. 16.03.2006, *DJ* 1.º.08.2006, p. 432).

"Processual civil e civil. Condomínio. Taxas condominiais. Multa condominial de 20% prevista na convenção, com base no art. 12, § 3.º, da Lei 4.591/1964. Redução para 2% quanto à dívida vencida na vigência do novo Código Civil. Necessidade. Revogação pelo estatuto material de 2002 do teto anteriormente previsto por incompatibilidade. Recurso provido. 1 – *In casu*, a Convenção Condominial fixou a multa, por atraso no pagamento das cotas, no patamar máximo de 20%, o que, à evidência, vale para os atrasos ocorridos antes do advento do novo Código Civil. Isto porque, o novo Código trata, em capítulo específico, de novas regras para os condomínios. 2 – Assim, por tratar-se de obrigação periódica, renovando-se todo mês, a multa deve ser aplicada em observância à nova situação jurídica constituída sob a égide da lei substantiva atual, prevista em seu art. 1.336, § 1.º, em observância ao art. 2.º, § 1.º, da LICC, porquanto há revogação, nesse particular, por incompatibilidade, do art. 12, § 3.º, da Lei 4.591/1964. Destarte, a regra convencional, perdendo o respaldo da legislação antiga, sofre, automaticamente, os efeitos da nova, à qual não se pode sobrepor. 3 – Recurso conhecido e provido para restabelecer a sentença de primeiro grau" (STJ, REsp 762.297/RS, Rel. Min. Jorge Scartezzini, 4.ª Turma, j. 11.10.2005, *DJ* 07.11.2005, p. 307).

Os julgados representam aplicação do art. 2.035, *caput*, do CC e da *Escada Ponteana*, estudados no Capítulo 2 deste livro. Como a multa está no *plano da eficácia*, deve ser aplicada a norma do momento da produção dos seus efeitos. Como se extrai do último julgado, se o inadimplemento ocorrer na vigência do CC/2002, vale a norma nele prevista, mesmo que a convenção tenha previsto o contrário. A convenção não prevalece uma vez que a redução da multa é questão de ordem pública, relacionada com a função social da propriedade e dos contratos.[114]

Ato contínuo de estudo, o § 2.º do art. 1.336 preconiza que 2/3 dos condôminos restantes podem deliberar a imposição de multa no montante de até cinco vezes o valor da quota condominial para o condômino que: *a)* realizar obras que comprometam a segurança da edificação; *b)* alterar a forma e a cor da fachada, das partes e esquadrias externas; *c)* der destinação diferente à sua parte àquela prevista para a edificação; *d)* utilizar a sua parte de forma a prejudicar o sossego, a salubridade e a segurança dos demais possuidores ou em contrariedade aos bons costumes. Como se pode notar, a presente penalidade tem aplicação bem restrita, exigindo um *quorum* qualificado, que dificilmente será obtido na prática. Para *funcionalizar* o instituto, em prol do princípio da operabilidade, este autor entende que é possível alterar a convenção para prever outro *quorum*, pois a norma é de ordem privada.

Com tom mais amplo dispõe o art. 1.337, *caput*, do CC que o condômino que não cumprir reiteradamente com os seus deveres perante o condomínio poderá, por deliberação de 3/4 dos condôminos restantes, ser constrangido a pagar multa de até o quíntuplo (cinco vezes) do valor atribuído à quota condominial, conforme a gravidade das faltas e a reiteração, independentemente das perdas e danos.

Em complemento, de acordo com o parágrafo único desse dispositivo, o condômino ou o possuidor que, por seu reiterado comportamento antissocial, gerar incompatibilidade de convivência com os demais condôminos ou possuidores, poderá ser constrangido a pagar multa correspondente ao décuplo – dez vezes – do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, até ulterior

deliberação da assembleia.

Como se pode perceber, os *quoruns* qualificados exigidos são difíceis de serem alcançados na prática, razão pela qual a convenção pode trazer outra previsão. Repise-se, mais uma vez, que as normas são de ordem privada nesse ponto. As duas penalidades são aplicadas ao chamado *condômino antissocial*, aquele que não se configura com a realidade social e coletiva do condomínio. Tal caracterização depende de análise caso a caso. De imediato, entende-se que as penalidades não só podem como devem ser aplicadas ao condômino que não cumpre reiteradamente com as obrigações pecuniárias condominiais:

> "Despesas condominiais. Cumulação das multas previstas nos arts. 1.336, § 1.º, e 1.337, *caput*, do CC de 2002. Possibilidade. Não configuração de *bis in idem*. Inadimplemento reiterado conforme critério definido pelos próprios condôminos e que não esvazia a previsão do art. 1.336, § 1.º. Apelo não provido" (TJSP, Apelação com Revisão 916995008, 30.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Juiz Luiz Felipe Nogueira, j. 29.11.2007).

> "Processo civil e civil. Condomínio. Atrasos reiterados de pagamento das taxas condominiais. Aplicação de pena pecuniária. Art. 1.337 do Código Civil. Possibilidade. A multa moratória prevista no art. 1.336 do Código Civil diverge daquela prevista no art. 1.337 do aludido CODEX. Nesse sentido, o art. 1.337 do CC é mais amplo do que o § 2.º do art. 1.336, porque abrange todos os deveres do condômino perante o condomínio, previstos na Lei, convenção ou regimento interno, inclusive o inadimplemento do pagamento da contribuição condominial do inciso I. Observa-se, portanto, que o parágrafo único do art. 1.337 regula a aplicação de pena agravada, quando a conduta ilícita, além de grave e reiterada, não só de caráter antissocial, gerar incompatibilidade de convivência com os demais condôminos. Realizada a assembleia-geral, com o *quorum* específico e, uma vez aprovada a aplicação da penalidade prevista no citado art. 1.337 do CC, respeitados os parâmetros ali expostos, a inobservância do pagamento regular das taxas condominiais enseja a aplicação da citada penalidade, sem que isso configure qualquer irregularidade ou afronta ao ordenamento civil. Recurso conhecido e provido" (TJDF, Recurso 2007.01.1.114280-3, Acórdão 429.193, 6.ª Turma Cível, Rel.ª Des.ª Ana Maria Duarte Amarante Brito, *DJDFTE* 25.06.2010, p. 111).

Como outro exemplo, imagine-se o condômino que se excede constantemente quanto ao barulho, perturbando os demais consortes de forma reiterada por seu comportamento desrespeitoso e não se sujeitando às advertências e multas impostas (nessa linha de pensamento: TJSP, Apelação 992.09.071793-6, Acórdão 4239982, Santos, 36.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Arantes Theodoro, j. 10.12.2009, *DJESP* 02.03.2010). Trata-se do típico ser humano egoísta e não solidário, que não se preocupa com os outros e com a coletividade. Não se olvide que a conduta deve ser reiterada, não se impondo em casos de atos isolados, conforme reconhece nossa jurisprudência (TJSP, Apelação 994.05.073323-7, Acórdão 4455637, São Paulo, 9.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. José Luiz Gavião de Almeida, j. 13.04.2010, *DJESP* 26.05.2010).

Na esteira da melhor doutrina e jurisprudência, deduz-se que as multas previstas no art. 1.337 do CC somente podem ser instituídas após a prévia comunicação ao infrator, assinalando-lhe prazo para justificar a sua conduta, exercendo o direito de defesa (Enunciado n. 92 do CJF/STJ, da I Jornada de Direito Civil, e TJSP, Apelação 992.07.020168-3, Acórdão 4579037, São Paulo, 35.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. José Malerbi, j. 05.07.2010, *DJESP* 26.07.2010). Eventual

previsão na convenção que afaste esse direito deve ser tida como nula, por ilicitude do objeto, uma vez que o direito à ampla defesa e ao contraditório é amparado constitucionalmente (art. 5.º, LV, da CF/1988 e art. 166, II, do CC).

O CC/2002 não traz expressamente a possibilidade de expulsão do *condômino antissocial*, tese defendida por parte da doutrina, caso de Álvaro Villaça Azevedo,[115] Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald.[116] No mesmo trilhar, vejamos enunciado aprovado na *V Jornada de Direito Civil:* "Verificando-se que a sanção pecuniária mostrou-se ineficaz, a garantia fundamental da função social da propriedade (arts. 5.º, XXIII, CF/1988 e 1.228, § 1.º, CC) e a vedação ao abuso do direito (arts. 187 e 1.228, § 2.º, CC) justificam a exclusão do condômino antissocial, desde que a ulterior assembleia prevista na parte final do parágrafo único do artigo 1.337 do Código Civil delibere a propositura de ação judicial com esse fim, asseguradas todas as garantias inerentes ao devido processo legal" (Enunciado n. 508 CJF/SJT).

Não se filia a tal corrente, por violar o princípio de proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CF/1988) e a solidariedade social (art. 3.º, I, da CF/1988); bem como a concreção da tutela da moradia (art. 6.º da CF/1988). Em suma, a tese da expulsão do condômino antissocial viola preceitos máximos de ordem pública, sendo alternativas viáveis as duras sanções pecuniárias previstas no art. 1.337 do CC. Nessa linha:

> "Expulsão de condômino por comportamento antissocial. Impossibilidade. Ausência de previsão legal. O Código Civil permite no art. 1.337 a aplicação de multas que podem ser elevadas ao décuplo em caso de incompatibilidade de convivência com os demais condôminos. Multa mensal que tem como termo inicial a citação e o final a publicação da r. Sentença, a partir de quando somente será devida por fatos subsequentes que vierem a ocorrer e forem objeto de decisão em assembleia. Recursos parcialmente providos" (TJSP, Apelação Cível 668.403.4/6, Acórdão 4122049, Barueri, 4.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Maia da Cunha, j. 1.º.10.2009, *DJESP* 27.10.2009).

Todavia, esclareça-se que há divergência entre as Cortes Estaduais, assim como ocorre na doutrina. Do Tribunal Paranaense, acolhendo a tese da possibilidade de expulsão do condômino, em caso de extrema gravidade:

> "Apelação cível. Condomínio edilício vertical. Preliminar. Intempestividade. Inocorrência. Apelo interposto antes da decisão dos embargos. Ratificação. Desnecessidade. Exclusão de condômino nocivo. Limitação do direito de uso/habitação, tão somente. Possibilidade, após esgotada a via administrativa. Assembleia-geral realizada. Notificações com oportunização do contraditório. *Quorum* mínimo respeitado (3/4 dos condôminos). Multa referente ao décuplo do valor do condomínio. Medida insuficiente. Conduta antissocial contumaz reiterada. Graves indícios de crimes contra a liberdade sexual, redução à condição análoga a de escravo. Condômino que aliciava candidatas a emprego de domésticas com salários acima do mercado, mantendo-as presas e incomunicáveis na unidade condominial. Alta rotatividade de funcionárias que, invariavelmente saiam do emprego noticiando maus-tratos, agressões físicas e verbais, além de assédios sexuais entre outras acusações. Retenção de documentos. Escândalos reiterados dentro e fora do condomínio. Práticas que evoluíram para investida em moradora menor do condomínio, conduta antissocial inadmissível que impõe provimento jurisdicional efetivo. Cabimento. Cláusula geral. Função social da propriedade. Mitigação do direito de uso/habitação. Dano moral. Não conhecimento. Matéria não deduzida e tampouco apreciada. Honorários

sucumbenciais fixados em R$ 6.000,00 (seis mil reais). Mantença" (TJPR, Apelação Cível 957.743-1, 10.ª Câmara Cível, Curitiba, Rel. Des. Arquelau Araujo Ribas, j. 13.12.2012).

Seguindo no estudo da matéria, do mesmo modo não se filia à tese de impedir a entrada de supostas *pessoas indesejadas* no condomínio (*expulsão antecipada*), muito menos de limitação do uso das áreas comuns para os condôminos antissociais, caso do estacionamento, do elevador, da piscina, do salão de festas, da área de lazer e da churrasqueira. Nas duas hipóteses, fica notória a violação à dignidade da pessoa humana, conforme se tem julgado, inclusive com a condenação do condomínio por danos morais, diante de conduta vexatória. A ilustrar, da prática:

> "Ação de indenização. Condomínio. Cobrança vexatória. Proibição ao uso de área comum com o nítido intuito de constranger a condômina inadimplente. Dano moral caracterizado. Ainda que seja confessa a inadimplência da autora, não pode, o requerido, proibir a utilização do estacionamento, como forma de buscar seu crédito. Exposição pública que se revela abusiva e configura verdadeira represália ao inadimplemento, atingindo a honra da demandante. Abalo moral sofrido que autoriza a indenização. Que, no caso, tem efeito reparador para atenuar o mal sofrido e servir como efeito pedagógico ao ofensor. Valor da indenização. Majoração. Descabimento. Condenação que bem atenta ao caráter punitivo-pedagógico. Redução do valor arbitrado em sentença para R$ 1.000,00 – um mil reais. Apelo da autora desprovido. Apelo do réu parcialmente provido" (TJRS, Apelação Cível 70021221452, Porto Alegre, 20.ª Câmara Cível, Rel. Des. José Aquino Flôres de Camargo, j. 28.11.2007, *DOERS* 31.01.2008, p. 44).

> "Condomínio. Despesas condominiais. Indenização. Dano moral. Condômino impedido de utilizar a área comum sem motivo justificado. Inadimplência deste. Irrelevância. Cabimento. Impedido o condômino de utilização de área comum sem motivo justificado, porquanto a inadimplência não justifica tal penalidade, enseja a reparação em *quantum* adequado, fixado na sentença" (2.º TACSP, Apelação sem Revisão 659.976-00/6, 4.ª Câmara, Rel. Juiz Júlio Vidal, j. 1.º.04.2003).

Nas interpretações aqui expostas, analisa-se o Direito Civil a partir da Constituição Federal de 1988 e dos princípios constitucionais, na esteira da *visão civil-constitucional do sistema* (Direito Civil Constitucional). Para tanto, é preciso reconhecer que os princípios constitucionais que protegem a pessoa humana têm aplicação imediata nas relações entre particulares (*eficácia horizontal*), inclusive nas relações entre condôminos e condomínio. Não se olvide que essa incidência está amparada no art. 5.º, § 1.º, da CF/88, segundo o qual as normas que definem direitos fundamentais têm aplicação imediata.

Superado o estudo das penalidades ao condômino e partindo para o estudo de outros direitos, o art. 1.338 do CC preconiza que resolvendo o condômino alugar área no abrigo para veículos, preferir-se-á, em condições iguais, qualquer dos condôminos a estranhos, e, entre todos, os possuidores. Trata-se de mais um *direito de preferência, preempção ou prelação legal* a favor do condômino. No caso de violação desse direito, entende-se que os condôminos preteridos podem constituir a locação em seu favor, em efeito semelhante ao que consta do art. 504 do CC.

Sobre a inovação, prevê o Enunciado n. 91 do CJF/STJ que "A convenção de condomínio, ou a assembleia-geral, pode vedar a locação de área de garagem ou abrigo para veículos estranhos ao

condomínio”. Em suma, foi reconhecido na *I Jornada de Direito Civil* que a convenção de condomínio poderia proibir a venda ou locação a estranhos ao condomínio, na linha da recente alteração legislativa do art. 1.331, § 1.º, do CC.

Ademais, aprovou-se na *IV Jornada de Direito Civil* o Enunciado n. 320 do CJF/STJ: “O direito de preferência de que trata o art. 1.338 deve ser assegurado não apenas nos casos de locação, mas também na hipótese de venda da garagem”. Na opinião deste autor o enunciado doutrinário traz uma imprecisão, ao aplicar por analogia norma restritiva de direitos. Na verdade, somente há direito de preferência na venda no caso de condomínio de coisa indivisível (art. 504 do CC), o que pode não ser o caso da vaga de garagem (geralmente não o é).

Atente-se ao fato de que o debate exposto somente será relevante se houver na convenção de condomínio previsão expressa autorizando a locação ou a alienação de vaga de garagem a terceiros. Isso, diante da recente alteração do art. 1.331, § 1.º, do CC pela Lei 12.607/2012, fazendo tal exigência. Sendo assim, parece que o Enunciado n. 91, da *I Jornada de Direito Civil*, restou prejudicado, eis que a lei acabou por confirmar, em parte, o seu conteúdo.

Superado esse ponto, determina o art. 1.339 do CC que os direitos de cada condômino às partes comuns são inseparáveis de sua propriedade exclusiva. São, do mesmo modo, inseparáveis das frações ideais correspondentes as unidades imobiliárias, com as suas partes acessórias. Nos casos deste artigo, é proibido alienar ou gravar os bens em separado, ou seja, alienar o uso das partes exclusivas sem alienar o das partes comuns (§ 1.º).

Todavia, é permitido ao condômino alienar *parte acessória* de sua unidade imobiliária a outro condômino, só podendo fazê-lo a terceiro se essa faculdade constar do ato constitutivo do condomínio, e se a ela não se opuser à respectiva assembleia-geral (§ 2.º). Para a última hipótese, cite-se a alienação da vaga de garagem, na linha da alteração do § 1.º do art. 1.331 pela Lei 12.607, de 4 de abril de 2012. Como antes pontuado, a codificação privada passou a estabelecer que os abrigos de veículo não poderão ser alienados ou alugados a pessoas estranhas ao condomínio, salvo autorização expressa na convenção de condomínio.

As despesas relativas a partes comuns de uso exclusivo de um condômino, ou de alguns deles, incumbem a quem delas se serve (art. 1.340 do CC). Como exemplo, pode ser mencionado o *hall* de elevador privativo, notadamente nos prédios em que há um apartamento por andar. Pelo mesmo raciocínio, ao proprietário do terraço de cobertura incumbem as despesas da sua conservação, de modo que não haja danos às unidades imobiliárias inferiores (art. 1.344 do CC). Ilustre-se com a conservação da piscina que se encontra na cobertura do prédio, compondo parte exclusiva.

Nunca se pode esquecer que as despesas condominiais constituem obrigações *propter rem* ou *próprias da coisa*, denominadas *obrigações ambulatórias*, pois seguem a coisa onde quer que ela se encontre. Isso pode ser retirado do art. 1.345 do CC, segundo o qual o adquirente de unidade

responde pelos débitos do alienante, em relação ao condomínio, inclusive multas e juros moratórios. Como se nota, essa natureza híbrida (*direito pessoal* + *real*) abrange as penalidades, que são acessórios da dívida.

Encerrando o estudo dos deveres, preconiza o art. 1.346 do CC que é obrigatório o seguro de toda a edificação contra o risco de incêndio ou destruição, total ou parcial. Como leciona Maria Helena Diniz, a seguradora a ser contratada será escolhida pelo síndico e ocorrendo o sinistro, a indenização será paga aos condôminos na proporção de seus quinhões.[117] Anote-se que a não contratação do seguro pode gerar a destituição do síndico por irresponsabilidade.

7.6.4.3 Da administração do condomínio edilício

São pessoas e órgãos relacionados com a administração do condomínio:

a) O síndico

A assembleia condominial deve escolher um síndico, que é o administrador-geral do condomínio, ou seja, o seu *presidente* ou *gerente*. Há, desse modo, um *mandato legal*. Conforme o art. 1.347 do CC, o síndico poderá não ser condômino, ou seja, admitem-se *síndicos profissionais*. O prazo de administração não pode ser superior a dois anos, mas poderá renovar-se. Eventualmente, a convenção pode dispor ao contrário quanto aos dois aspectos. O atual PL 699/2011 pretende alterar o dispositivo, passando a prever que a renovação somente pode ocorrer uma vez, o que visa a evitar *ditaduras dos síndicos* por longos períodos.[118]

Nos termos do art. 1.348 do CC compete ao síndico:

I) Convocar a assembleia dos condôminos, seja ela ordinária ou extraordinária.

II) Representar, ativa e passivamente, o condomínio, praticando, em juízo ou fora dele, os atos necessários à defesa dos interes comuns. Não se pode esquecer que o condomínio edilício tem legitimidade ativa processual, notadamente para as ações de cobrança das quotas condominiais (art. 12, IX, do CPC).

III) Dar imediato conhecimento à assembleia da existência de procedimento judicial ou administrativo, de interesse do condomín caso de eventual penalidade imposta pelo Poder Público.

IV) Cumprir e fazer cumprir a convenção, o regimento interno e as determinações da assembleia, ou seja, os acordos e estatutos coletivos, em prol da função social da propriedade.

V) Diligenciar a conservação e a guarda das partes comuns e zelar pela prestação dos serviços que interessem aos possuidores

VI) Elaborar o orçamento da receita e da despesa relativa a cada ano.

VII) Cobrar dos condôminos as suas contribuições, bem como impor e cobrar as multas devidas, o que inclui as penalidades por excesso de barulho e de uso incompatível das partes comuns ou exclusivas.

VIII) Prestar contas à assembleia, anualmente e quando exigidas. O desrespeito a esse dever pode ensejar ação de prestação de contas por qualquer condômino.

IX) Realizar o seguro da edificação.

Eventualmente, poderá a assembleia investir outra pessoa, em lugar do síndico, em poderes de representação (art. 1.348, § 1.º, do CC). É o caso de uma administradora, que pode atuar em nome do condomínio edilício, o que é bem comum nas grandes cidades.

O síndico pode transferir a outrem, total ou parcialmente, os poderes de representação ou as funções administrativas, mediante aprovação da assembleia, salvo disposição em contrário da convenção (art. 1.348, § 2.º, do CC). Trata-se do subsíndico, que pode ser tido como o *vice-presidente* do condomínio edilício, geralmente quando o síndico não puder fazê-lo. Aplicam-se ao subsíndico os mesmos preceitos relativos ao síndico.

Por fim, em casos excepcionais, cabe a destituição do síndico por meio de assembleia, que exige maioria absoluta de seus membros. A destituição cabe se ele praticar irregularidades, não prestar contas, ou não administrar convenientemente o condomínio (art. 1.349). Para ilustrar, da jurisprudência, destaquem-se as hipóteses de confusão patrimonial e desorganização gerencial praticadas pelo administrador (TJDF, Recurso 2008.04.1.011460-3, Acórdão 439.063, 6.ª Turma Cível, Rel. Des. José Divino de Oliveira, *DJDFTE* 20.08.2010, p. 97).

b) As assembleias (ordinária e extraordinária). Quoruns *e deliberações*

De início há a *assembleia-geral ordinária*, tratada pelo art. 1.350 do CC. Essa será convocada pelo síndico, anualmente e na forma prevista na convenção, a fim de aprovar o orçamento das despesas, as contribuições dos condôminos e a prestação de contas, e, eventualmente, eleger-lhe o substituto e alterar-lhe o regimento interno. Se o síndico não convocar a *assembleia-geral ordinária*, um quarto dos condôminos poderá fazê-lo (art. 1.350, § 1.º, do CC). Se a assembleia não se reunir, o juiz decidirá a respeito da questão, a requerimento de qualquer condômino (art. 1.350, § 2.º, do CC). O último dispositivo está na contramão da tendência atual, que é a de *desjudicialização* dos conflitos civis.

Não se olvide que é possível a convocação de uma *assembleia extraordinária*, para tratar de temas relevantes ou urgentes referentes ao condomínio. Essa poderá ser convocada pelo síndico ou por um quarto dos condôminos (art. 1.355 do CC).

A respeito das duas assembleias, devem ser observados os seguintes preceitos sobre os *quoruns* e votações:

– Depende da aprovação de 2/3 (dois terços) dos votos dos condôminos a alteração da convenção. A mudança da destinação do edifício, ou da unidade imobiliária, depende da aprovação pela unanimidade dos condôminos (art. 1.351). O dispositivo foi alterado pela Lei 10.931/2004, eis que a redação anterior falava em 2/3 dos condôminos e não dos votos da assembleia, o que dificilmente seria atingido na prática.

– A realização de obras no condomínio depende: *a)* se voluptuárias, de voto de dois terços dos condôminos; *b)* se úteis, de voto da maioria dos condôminos (art. 1.341 do CC). As obras ou reparações necessárias podem ser realizadas,

independentemente de autorização, pelo síndico, ou, em caso de omissão ou impedimento deste, por qualquer condômino (§ 1.º). Se as obras ou reparos necessários forem urgentes e importarem em despesas excessivas, determinada sua realização, o síndico ou o condômino que tomou a iniciativa delas dará ciência à assembleia, que deverá ser convocada imediatamente (§ 2.º). Não sendo urgentes, as obras ou reparos necessários, que importarem em despesas excessivas, somente poderão ser efetuadas após autorização da assembleia, especialmente convocada pelo síndico, ou, em caso de omissão ou impedimento deste, por qualquer dos condôminos (§ 3.º). O condômino que realizar obras ou reparos necessários será reembolsado das despesas que efetuar, não tendo direito à restituição das que fizer com obras ou reparos de outra natureza, embora de interesse comum (§ 4.º).

– A realização de obras, em partes comuns, em acréscimo às já existentes, a fim de lhes facilitar ou aumentar a utilização, depende da aprovação de dois terços dos votos dos condôminos. Ex.: ampliação da área de lazer. Não são permitidas construções, nas partes comuns, suscetíveis de prejudicar a utilização, por qualquer dos condôminos, das partes próprias, ou comuns (art. 1.342 do CC).

– A construção de outro pavimento, ou, no solo comum, de outro edifício, destinado a conter novas unidades imobiliárias, depende da aprovação da unanimidade dos condôminos (art. 1.343 do CC). Ex.: construção de um novo pavimente de garagem.

– A respeito das deliberações, salvo quando exigido *quorum* especial, serão tomadas, em primeira convocação, por maioria de votos dos condôminos presentes que representem pelo menos metade das frações ideais (art. 1.352 do CC). Os votos serão proporcionais às frações ideais no solo e nas outras partes comuns pertencentes a cada condômino, salvo disposição diversa da convenção de constituição do condomínio (art. 1.352, parágrafo único, do CC). Assim, a convenção pode estipular que todos os condôminos têm direitos iguais nos votos.

– Em segunda convocação, a assembleia poderá deliberar por maioria dos votos dos presentes, salvo quando exigido *quorum* especial (art. 1.353 do CC).

– A respeito da votação, a assembleia não poderá deliberar se todos os condôminos não forem convocados para a reunião (art. 1.354 do CC). Devem ser utilizados meios idôneos e amplos de publicidade. Na prática, é comum o envio de correspondência a todos os condôminos; bem como a colocação de um aviso na área comum.

c) O conselho fiscal

Poderá haver no condomínio um conselho fiscal, órgão consultivo financeiro, composto de três membros, eleitos pela assembleia, conforme previsto na convenção (art. 1.356 do CC). Esse conselho não é obrigatório, mas facultativo. O prazo de atuação não pode ser superior a dois anos.

Compete ao conselho dar parecer sobre as contas do síndico, aprovando-as ou rejeitando-as. Como destacam Carlos Alberto Dabus Maluf e Márcio Antero Motta Ramos Marques, citando jurisprudência, tais decisões do conselho devem ser submetidas à assembleia, o que é a melhor solução, diante do regime democrático que deve imperar no condomínio edilício.[119]

7.6.4.4 *Da extinção do condomínio edilício*

Encerrando o estudo do condomínio edilício, esse poderá ser extinto nas seguintes hipóteses previstas na codificação privada, que, aliás, são raras na prática:

→ *Se a edificação for total ou consideravelmente destruída, ou ameace ruína (art. 1.357 do CC)*. Os condôminos deliberarão em assembleia sobre a reconstrução ou venda, por votos que representem metade mais uma das frações ideais. Conforme os parágrafos do comando legal, deliberada a reconstrução, poderá o condômino eximir-se do pagamento das despesas respectivas, alienando os seus direitos a outros condôminos, mediante avaliação judicial. Realizada a venda, em que se preferirá, em condições iguais de oferta, o condômino ao estranho, será repartido o apurado entre os condôminos, proporcionalmente ao valor das suas unidades imobiliárias.

→ *Em havendo desapropriação do imóvel*. Em casos tais, a indenização será repartida na proporção das quotas dos condôminos (art. 1.358 do CC).

7.7 DO DIREITO REAL DE AQUISIÇÃO DO PROMITENTE COMPRADOR (COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL REGISTRADO NA MATRÍCULA)

Conforme foi exposto no Capítulo 5 desta obra – que trata da teoria geral dos contratos –, há uma conexão entre os direitos reais e o contrato preliminar quando se estuda o compromisso de compra e venda de imóvel como categoria jurídica. Isso porque, com exposto, duas são as figuras jurídicas possíveis, o que depende do registro ou não do instrumento negocial na matrícula de registro imobiliário. Revisa-se então essa matéria, que é fulcral para a compreensão dos institutos:

→ *Compromisso de compra e venda de imóvel não registrado na matrícula do imóvel* – Nesse caso há um contrato preliminar com efeitos obrigacionais *inter partes*, gerando *obrigação de fazer* o contrato definitivo. Repise-se que não sendo celebrado o contrato definitivo, o compromissário comprador terá três opções:

1.ª Opção – Ingressar com ação de obrigação de fazer, fixando o juiz um prazo razoável para que a outra parte celebre o contrato definitivo (art. 463 do CC).

2.ª Opção – Esgotado o prazo para que a outra parte celebre o contrato definitivo, poderá o juiz suprir a vontade da parte inadimplente, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar (art. 464 do CC). Este efeito é similar ao da adjudicação compulsória, mas *inter partes*. Por isso, continua aplicável a Súmula 239 do STJ, segundo a qual o direito à adjudicação compulsória, quando exercido em face do promitente vendedor, não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda na matrícula do imóvel. O Enunciado n. 95 do CJF/STJ, da *I Jornada de Direito Civil*, prevê a continuidade prática da súmula.

3.ª Opção – Se o contrato e o seu objetivo não interessarem mais ao compromissário comprador, poderá ele requerer a conversão da obrigação de fazer em obrigação de dar perdas e danos (art. 465 do CC).

→ *Compromisso de compra e venda de imóvel registrado na matrícula do imóvel*. Se ocorrer tal registro, estaremos diante de um direito real de aquisição a favor do comprador, reconhecido expressamente pelo art. 1.225, VII, do CC. Não se trata de um direito real de gozo ou fruição ou de um direito real de garantia, mas de uma categoria real intermediária. Tal categoria tem *efeitos reais erga omnes*, gerando uma *obrigação de dar* a coisa. Tanto isso é verdade que não sendo essa entregue, caberá *ação de adjudicação compulsória* por parte do compromissário comprador, em face do promitente vendedor ou de terceiro. Para que a coisa seja entregue, o preço da coisa deve ser depositado, de forma integral ou substancial.

Consigne-se que o CC/2002 consolidou o tratamento da matéria nos seus arts. 1.417 e 1.418,

sendo certo que havia previsão anterior nas seguintes leis específicas, que foram mantidas em relação aos seus efeitos e procedimentos:

> – Decreto-lei 58/1937 e Decreto 3.079/1938 – Dispõem e regulamentam a venda de imóveis loteados, prevendo o art. 5.º das duas normas que a averbação do compromisso de compra e venda na matrícula atribui ao compromissário comprador direito real oponível a terceiros, quanto à alienação ou oneração posterior. Nesses compromissos não é admitido o direito de arrependimento, conforme a antiga Súmula 166 do STF, que ainda tem aplicação.
>
> – Lei 6.766/1979 – Trata do parcelamento do solo urbano, preconizando o seu art. 25 que são irretratáveis os compromissos de compra e venda, cessões e promessas de cessão que atribuem direito a adjudicação compulsória e, estando registrados, confiram direito real oponível a terceiros. Nos termos do art. 26 da norma, os compromissos de compra e venda, as cessões ou promessas de cessão poderão ser feitos por escritura pública ou por instrumento particular.

Na prática, os *compromissos de compra e venda registrados* são, no geral, utilizados nas vendas financiadas a longo prazo. Por outra via, os compromissos não registrados são encontrados nas compras à vista ou com curto prazo de pagamento.

Determina o art. 1.417 do CC/2002 que mediante promessa de compra e venda, em que não se pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel. Como ficou claro, esse direito real possibilita a reivindicação da coisa em face de qualquer terceiro que eventualmente a adquiriu indevidamente. Nesse sentido, é claro o Enunciado n. 253 do CJF/STJ: "O promitente comprador, titular de direito real (art. 1.417), tem a faculdade de reivindicar de terceiro o imóvel prometido à venda".

O promitente ou compromissário comprador, titular desse direito real, pode exigir do promitente vendedor, ou de terceiros, a quem os direitos deste forem cedidos, a outorga da escritura definitiva de compra e venda, conforme o disposto no instrumento preliminar; e, se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação do imóvel (art. 1.418 do CC). Pela norma, fica claro que o fim a que almeja o instituto é a entrega da coisa, ou seja, uma *obrigação de dar*.

Por outra via, em havendo inadimplemento por parte do compromissário comprador, caberá por parte do promitente vendedor uma ação de rescisão do contrato, cumulada com a reintegração de posse do imóvel. Não se pode esquecer que, antes da propositura da ação, deve o credor interpelar judicial ou extrajudicialmente o devedor, constituindo-o em mora (mora *solvendi ex persona*). A exigência foi instituída pelo Decreto-lei 745/1969, *in verbis*: "Nos contratos a que se refere o artigo 22 do Decreto-lei 58, de 10 de dezembro de 1937, ainda que deles conste cláusula resolutiva expressa, a constituição em mora do promissário comprador depende de prévia interpelação, judicial ou por intermédio do cartório de Registro de Títulos e Documentos, com quinze (15) dias de antecedência". Na mesma linha, prevê o art. 32 da Lei 6.766/1979 que vencida e não paga a prestação, o contrato será considerado rescindido 30 dias depois de constituído em mora o devedor.

A jurisprudência superior entende que a constituição em mora é necessária mesmo havendo compromisso de compra e venda não registrado (Súmula 76 do STJ). Deve ficar claro que a existência de cláusula resolutiva expressa não afasta a necessidade do ato anterior:

> "Processual civil. Ação de rescisão de promessa de compra e venda, cumulada com pedido de reintegração de posse. Cláusula resolutiva expressa. Ineficácia. Necessidade de prévia interpelação para constituição do devedor em mora. Decreto-lei 745/1969, art. 1.º. Aplicação imediata. I – 'A falta de registro do compromisso de compra e venda de imóvel não dispensa a prévia interpelação para constituir em mora o devedor' (Súmula 76/STJ). II – A exigência de notificação prévia, instituída pelo art. 1.º do Decreto-lei 745/1969, para a constituição em mora do devedor, tem aplicação imediata, por se tratar de norma de direito processual. III – A falta de interpelação para constituição da mora acarreta a extinção do processo. IV – Recurso especial conhecido e provido" (STJ, REsp 45.845/SP, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, 3.ª Turma, j. 06.08.2002, *DJ* 23.09.2002, p. 350).

Sob o outro prisma, poderá o compromissário comprador desistir do negócio, o que equivale ao inadimplemento, pois não se admite, no compromisso de compra e venda registrado, a cláusula de arrependimento, aquela que dá às partes um direito potestativo à extinção. Prevê a Súmula 1 do Tribunal de Justiça de São Paulo que "O compromissário comprador de imóvel, mesmo inadimplente, pode pedir a rescisão do contrato e reaver as quantias pagas, admitida a compensação com gastos próprios de administração e propaganda feitos pelo compromissário vendedor, assim como com o valor que se arbitrar pelo tempo de ocupação do bem".

Ato contínuo, conforme a Súmula 3 do mesmo Tribunal Estadual, sendo reconhecido que o compromissário comprador tem direito à devolução das parcelas pagas por conta do preço, as partes deverão ser repostas ao estado anterior, independentemente de reconvenção. Assim sendo, restituído parte do que foi pago ao comprador, com os abatimentos de administração contratual mencionados, o imóvel será devolvido ao promitente vendedor. Na mesma esteira, deduz o Superior Tribunal de Justiça que "o juiz, ao decretar a resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel, deve determinar ao promitente vendedor a restituição das parcelas do preço pagas pelo promitente comprador, ainda que não tenha havido pedido expresso nesse sentido" (STJ, REsp 1.286.144/MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 07.03.2013, publicado no seu *Informativo* n. *518*).

Na esteira da jurisprudência do mesmo STJ, conclui-se pela nulidade da cláusula que prevê a perda de todas as parcelas pagas pelo compromissário comprador. Não se olvide que o compromisso de compra e venda registrado – em especial nas hipóteses de incorporação imobiliária – constitui um negócio de consumo, regido pela Lei 8.078/1990. Por isso, incide o art. 53 do CDC que consagra a nulidade da cláusula que determina a perda de todas as parcelas pagas nos financiamentos em geral (*cláusula de decaimento*):

> "Direito civil. Promessa de compra e venda. Desistência. Possibilidade. Devolução das parcelas pagas. Retenção de 25% a título de indenização. 1. O entendimento firmado no âmbito da Segunda Seção é no sentido de ser possível a resilição do compromisso

de compra e venda, por parte do promitente comprador, quando se lhe afigurar economicamente insuportável o adimplemento contratual. 2. É direito do consumidor, nos termos da jurisprudência cristalizada da Corte, a restituição dos valores pagos ao promitente vendedor, sendo devida a retenção de percentual razoável a título de indenização, o qual ora se fixa em 25% do valor pago. 3. Recurso especial provido" (STJ, REsp 702.787/SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4.ª Turma, j. 1.º.06.2010, *DJe* 08.06.2010).

"Agravo regimental. Agravo de instrumento. Civil. Promessa de compra e venda de imóvel. Rescisão contratual. Iniciativa do devedor. Devolução de quantias pagas. Percentual de retenção. Sucumbência recíproca. Súmula 07/STJ. Perda do sinal. Impossibilidade. Arras confirmatórias. 1. A jurisprudência desta Corte Superior prega ser possível a resilição contratual do compromisso de compra e venda por iniciativa do devedor, quando ele não possuir mais condições econômicas para arcar com o pagamento das prestações pactuadas com a promitente-vendedora (construtora ou incorporadora), mormente se estas se tornarem excessivamente onerosas. 2. A resolução unilateral, nesses casos, enseja a restituição das parcelas pagas pelo promissário-comprador, mas não em sua totalidade, haja vista a incidência de parcela de retenção para fazer frente ao prejuízo causado com o desgaste da unidade imobiliária e as despesas com administração, corretagem, propaganda e outras congêneres suportadas pela empresa vendedora. 3. Se o Tribunal de origem fixou o percentual de retenção com base na razoabilidade, examinando, para tanto, o acervo fático e probatório dos autos, alterar tal entendimento encontra óbice na Súmula 07 do STJ. (...)" (STJ, AgRg no Ag 717.840/MG, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), 3.ª Turma, j. 06.10.2009, *DJe* 21.10.2009).

Por fim, a respeito dessa situação jurídica, nos termos da Súmula 2 do TJSP, a devolução das quantias pagas deve ser feita de uma vez só, não se sujeitando à mesma forma de parcelamento prevista para a aquisição do bem.

Ato contínuo de estudo, repise-se que o compromisso registrado *embaralha* os efeitos reais e pessoais, superando a clássica tabela que diferencia os direitos reais dos direitos pessoais patrimoniais (contratos). O tema é muito bem tratado por Luciano de Camargo Penteado, em sua tese de doutorado defendida na USP, trabalho que nos serviu de inspiração.[120]

De imediato, não se pode esquecer do teor da Súmula 308 do STJ, segundo a qual a hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel. Pelo teor da ementa, relembre-se, a boa-fé objetiva, caracterizada pela pontualidade contratual, vence a hipoteca, que passa a ter efeitos *inter partes* (entre a construtora e o agente financeiro tão somente). Ademais, o compromisso de compra e venda, celebrado entre os adquirentes e a construtora gera efeitos perante o agente financeiro.

Anote-se que, como decorrência da súmula, a jurisprudência do STJ tem admitido ação proposta em face do agente financeiro para outorga da escritura definitiva e liberação da hipoteca, em litisconsórcio necessário com o promitente vendedor, o que parece correto:

"Promessa de compra e venda. Imóvel dado em hipoteca pela construtora a agente financeiro. Quitação do preço pelo adquirente. Outorga de escritura definitiva. Liberação do ônus real. Demanda movida contra a incorporadora e o agente financiador. Litisconsórcio necessário. CPC, art. 47. Súmula 308-STJ. Danos materiais. Prova do prejuízo inexistente. Recurso especial. Súmula 7-STJ. Provimento parcial do segundo especial. (...). Deve o banco financiador, que detém a hipoteca, figurar no polo passivo da lide, na condição de litisconsorte necessário, sob pena de tornar-se inexequível o julgado, que determinou a

liberação do gravame. III. ‘A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel’ – Súmula 308 – STJ. IV. Desacolhidos os danos materiais pelas instâncias ordinárias, por ausência de efetiva demonstração dos prejuízos, a controvérsia recai no reexame fático, vedado ao STJ por força da Súmula 7” (STJ, REsp 625.091/RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4.ª Turma, j. 09.02.2010, *DJe* 08.03.2010).

Restringindo os efeitos do registro – assim como faz a Súmula 308 –, deduziu o STJ em recente decisão relativa à alienação em duplicidade que a boa-fé existente na perpetuação por anos da segunda alienação prevalece sobre o registro do primeiro compromisso de compra e venda. Vejamos a ementa desse polêmico e inovador julgado:

“Direito civil. Alienação em duplicidade. Promessa de compra e venda. Interpretação dos negócios jurídicos. Transmissão de propriedade imóvel. Código Civil de 1916. Transcrição. Segurança jurídica. Boa-fé. 1. Tem-se, na hipótese, alienação de imóvel em duplicidade. No caso dos autos, deve-se manter o acórdão que decidiu pela manutenção da segunda alienação porque o título correspondente está transcrito há mais de duas décadas, sendo que os primeiros adquirentes tinham apenas direito decorrente de compromisso de compra e venda que, embora com preço pago no ato e devidamente averbado, não teve seguimento providenciado pelos promitentes compradores. 2. Anote-se que nada impedia, aliás, ao contrário, tudo aconselhava, a imediata lavratura da escritura definitiva e respectivo registro, em região cheia de questões registrarias – contra as quais a prudência mandava acautelar-se. Recurso especial a que se nega provimento” (STJ, REsp 1.113.390/PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3.ª Turma, j. 02.03.2010, *DJe* 15.03.2010).

Superado o estudo de situações em que são restringidos os efeitos do registro, veja-se que há hipóteses em que o raciocínio é o oposto, ou seja, amplia-se a eficácia do instituto de direito obrigacional. De início, não se pode esquecer o teor da Súmula 84 do STJ, pelo qual é admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda não registrado. Não há dúvidas de que a súmula traz hipótese de efeitos contratuais perante terceiros, em clara *tutela externa do crédito*, conforme preconizado por Enunciado do CJF/STJ, que associa tal eficácia ao princípio da função social dos contratos (Enunciado n. 21 do CJF/STJ, art. 421 do CC).

Como outra hipótese de ampliação dos efeitos contratuais, repise-se o entendimento anterior do STJ no sentido de admitir que o *contrato de gaveta* – comum nas hipóteses envolvendo o compromisso de compra e venda – gere efeitos perante o promitente vendedor. Dessa forma, se o compromissário comprador transmitisse o negócio para outrem (chamado de *gaveteiro*), mesmo sem autorização da outra parte e havendo pontualidade contratual, seria possível que o *gaveteiro* pretendesse direitos contratuais em face do vendedor, inclusive de revisão do negócio (STJ, AgRg no REsp 712.315-PR, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4.ª Turma, *DJ* 19.06.2006; REsp 710.805-RS, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, 2.ª Turma, *DJ* 13.02.2006; REsp 753.098-RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJ* 03.10.2005). Existem decisões que apontam como argumento o fato de a Lei 10.150/2000 permitir a regularização da transferência do imóvel ao *gaveteiro* (STJ, EDcl no REsp 573.059-RS, 1.ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, *DJ* 30.05.2005 e REsp 189.350-SP, 4.ª Turma, Rel. Min.

Asfor Rocha, *DJ* 14.10.2002). Na opinião deste autor, as melhores ementas são as que relacionavam todo o raciocínio com o princípio da função social do contrato, o que representa notável avanço para o *mundo contratual* (STJ, AgRg no REsp 838.127/DF, 1.ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 17.02.2009, *DJe* 30.03.2009 e REsp 769.418/PR, 1.ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 15.05.2007).

Todavia, infelizmente, como destacado no Capítulo 3 desta obra, houve uma reviravolta no entendimento superior nos últimos anos. O STJ passou a entender que, "tratando-se de contrato de mútuo para aquisição de imóvel garantido pelo FCVS, avençado até 25/10/96 e transferido sem a interveniência da instituição financeira, o cessionário possui legitimidade para discutir e demandar em juízo questões pertinentes às obrigações assumidas e aos direitos adquiridos. (...). No caso de cessão de direitos sobre imóvel financiado no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação realizada após 25/10/1996, a anuência da instituição financeira mutuante é indispensável para que o cessionário adquira legitimidade ativa para requerer revisão das condições ajustadas, tanto para os contratos garantidos pelo FCVS como para aqueles sem referida cobertura" (STJ, REsp 1.150.429/CE, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Corte Especial, j. 25.04.2013, *DJe* 10.05.2013, publicado no seu *Informativo* n. *520*). Como outrora destacado, tal mudança representa, para este autor, um total retrocesso.

7.8 DOS DIREITOS REAIS DE GOZO OU FRUIÇÃO

7.8.1 Generalidades

Os direitos reais de gozo ou fruição são situações reais em que há a divisão dos atributos relativos à propriedade ou domínio (*propriedade restrita ou limitada*). Como o próprio nome indica, transmite-se a outrem o atributo de gozar ou fruir a coisa, com maior ou menor amplitude. Como leciona Luciano de Camargo Penteado, tais direitos "visam conferir ao titular da situação jurídica a possibilidade de realizar algum tipo de função utilidade sobre o bem objeto de propriedade de outro sujeito de direito. A partir do momento em que se institui um direito desta natureza, passa a haver, no sistema jurídico, uma relação jurídica entre o proprietário e o seu titular, relação jurídica esta que se denomina de relação jurídica real".[121] São direitos reais de gozo ou fruição tipificados pelo art. 1.225 do CC:

a) A superfície (inc. II).
b) As servidões (inc. III).
c) O usufruto (inc. IV).
d) O uso (inc. V).

e) A habitação (inc. VI).

f) A concessão de uso especial para fins de moradia (inc. XI, incluído pela Lei 11.481, de 2007).

g) A concessão de direito real de uso. (inc. XII, do mesmo modo incluído pela Lei 11.481, de 2007).

Vejamos, de forma pontual e detalhada.

7.8.2 Da superfície

Com origem no Direito Romano, o direito de superfície passou a ser regido pelo CC/2002 entre os seus arts. 1.369 a 1.377, sendo certo que já havia previsão no Estatuto da Cidade a respeito da categoria (arts. 21 a 24 da Lei 10.257/2001).

O direito real de superfície surgiu para substituir a enfiteuse, banida pela nova codificação, nos termos do art. 2.038 do CC/2002 ("Fica proibida a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, subordinando-se as existentes, até sua extinção, às disposições do Código Civil, Lei 3.071, de 1.º de janeiro de 1916, e leis posteriores. § 1.º Nos aforamentos a que se refere este artigo é defeso: I – cobrar laudêmio ou prestação análoga nas transmissões de bem aforado, sobre o valor das construções ou plantações; II – constituir subenfiteuse. § 2.º A enfiteuse dos terrenos de marinha e acrescidos regula-se por lei especial"). Em suma, nota-se que estão mantidas apenas as enfiteuses anteriores, sendo vedada a estipulação de novas.

Quando do surgimento do instituto, apontava-se que a superfície seria bem mais vantajosa do que a enfiteuse, pelas diferenças marcantes entre os institutos. *Primeiro*, porque a superfície pode ser gratuita ou onerosa, enquanto a enfiteuse era sempre onerosa. *Segundo*, pois a superfície é temporária ou não, enquanto a enfiteuse é necessariamente perpétua, o que era uma grande desvantagem, pois a perpetuidade não é mais marca dos novos tempos. De toda sorte, até a presente data, passados mais de dez anos da vigência do CC/2002, a superfície não teve a concreção que se esperava.

A superfície é o instituto real pelo qual o proprietário concede a outrem, por tempo determinado ou indeterminado, gratuita ou onerosamente, o direito de construir ou plantar em seu terreno. Tal direito real de gozo ou fruição recai sempre sobre bens imóveis, mediante escritura pública, devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis (art. 1.369 do CC).

Como define Ricardo Pereira Lira, grande estudioso do assunto, o direito de superfície é um "direito real autônomo, temporário ou perpétuo, de fazer e manter a construção ou plantação sobre ou sob terreno alheio, é a propriedade – separada do solo – dessa plantação ou construção, bem como é a propriedade decorrente da aquisição feita ao dono do solo de construção ou plantação nele já existente".[122] Ou, ainda, como quer Rodrigo Reis Mazzei: "o direito de superfície pode ser

conceituado como direito real complexo e autônomo, de ter temporariamente construção e/ou plantação em imóvel alheio, conferindo ao titular os poderes de uso, gozo e disposição sobre os implantes".[123]

Trata-se do mais amplo dos direitos reais de gozo ou fruição, em que figuram como partes:

a) O proprietário, também denominado fundieiro – aquele que cede o uso do bem imóvel para outrem;
b) O superficiário – pessoa que recebe o imóvel, a fim de efetivar a construção ou plantação, tendo os atributos de uso e gozo.

Observa-se na superfície a divisão de dois patrimônios distintos entre as partes, sobre os quais recaem encargos e ônus autônomos. Nessa linha, o Enunciado 321 do CJF/STJ, da *IV Jornada de Direito Civil*, assim dispõe: "Os direitos e obrigações vinculados ao terreno e, bem assim, aqueles vinculados à construção ou à plantação formam patrimônios distintos e autônomos, respondendo cada um dos seus titulares exclusivamente por suas próprias dívidas e obrigações, ressalvadas as fiscais decorrentes do imóvel".

Nos termos do parágrafo único do art. 1.369 do CC, o direito de superfície não autoriza a realização de obras no subsolo, salvo se tal utilização for inerente à concessão. Sobre a previsão, comentam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald que sobre a superfície "excepcionalmente se viabilizará no subsolo ou no espaço aéreo. No subsolo, o direito de superfície precisa ultrapassar dois óbices: não podem existir recursos minerais, caso em que a União adquire a propriedade (art. 20, IX, da CF/1988); a utilização do espaço seja fundamental para o empreendimento (*v.g.*, construção de *shopping*, com necessidade de garagem no subterrâneo), na forma do parágrafo único do art. 1.369 do Código Civil. Quanto ao espaço aéreo, a previsão é expressa no art. 21, § 1.º, da Lei 10.257/2001, sendo uma de suas aplicações práticas a aquisição por condomínios da superfície do terreno vizinho, com o fim de impedir qualquer edificação no imóvel contíguo acima de limites que inviabilizem o sossego, privacidade e, mesmo, o campo visual das superfícies".[124]

Nota-se que, apesar da clareza do dispositivo do Código Civil, alguns estudiosos entendem que mesmo a superfície submetida a essa norma deve abranger o uso do solo e do subsolo. Nesse sentido, o Enunciado n. 568, aprovado quando da *VI Jornada de Direito Civil* (2013), *in verbis*: "O direito de superfície abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida no contrato, admitindo-se o direito de sobrelevação, atendida a legislação urbanística".

Assim, entendeu-se que é possível afastar, por força do contrato, a norma do parágrafo único do art. 1.369 do CC, considerada como preceito de ordem privada. Ademais, amparou-se doutrinariamente o direito de sobrelevação, conhecido como *direito de laje*, situação muito comum

em áreas favelizadas. Com isso, criou-se a superfície de segundo grau, verdadeiro direito real, que não está tratado no rol do art. 1.225 do CC/2002. A hipótese parece ser de criação de direito real por exercício da autonomia privada, o que representa um grande avanço quanto ao tema. A justificativa do enunciado expressa que "a norma estabelecida no Código Civil e no Estatuto da Cidade deve ser interpretada de modo a conferir máxima eficácia ao direito de superfície, que constitui importante instrumento de aproveitamento da propriedade imobiliária".

Feita tal pontuação, prescreve o Enunciado n. 249 do CJF/STJ, da *III Jornada de Direito Civil* (2004), que "A propriedade superficiária pode ser autonomamente objeto de direitos reais de gozo e de garantia, cujo prazo não exceda a duração da concessão da superfície, não se lhe aplicando o art. 1.474". Ilustrando, é possível hipotecar o direito do superficiário pelo prazo de vigência do direito real. O enunciado doutrinário foi aprovado em momento anterior à alteração do art. 1.473 do CC pela Lei 11.481/2007, que introduziu expressamente a possibilidade de hipoteca sobre a propriedade superficiária (inc. X).

Pelo mesmo raciocínio, é perfeitamente possível adquirir por usucapião o direito à superfície, se houver interesse do usucapiente, assim como ocorre com outros direitos reais de gozo, caso das servidões. Esse, aliás, parece ser o entendimento majoritário da doutrina, que deve ser seguido.[125]

Ainda em sede doutrinária, conforme o Enunciado n. 250 do CJF/STJ, admite-se a *constituição do direito de superfície por cisão*. Conforme aponta a doutrina contemporânea, a hipótese está presente quando o proprietário aliena por superfície plantação ou construção já existente no terreno.[126]

Como restou claro, a superfície tratada pela codificação privada pode ser gratuita ou onerosa. Se a superfície for concedida onerosamente, as partes poderão convencionar se o pagamento da remuneração será feito de uma só vez ou de forma parcelada (art. 1.370 do CC). A remuneração presente na superfície onerosa é denominada *solarium* ou *cânon superficiário*.[127]

O superficiário deve zelar pelo imóvel como se fosse seu, respondendo pelos encargos e tributos que incidem sobre o bem (art. 1.371 do CC). Ensina Pablo Stolze Gagliano que tal previsão onera por demais o superficiário, que acabará arcando com os encargos e tributos de todo o imóvel, inclusive das áreas que não foram ocupadas, o que constituiria um absurdo.[128]

Por tal razão consta proposta de alteração desse dispositivo pelo Projeto de Lei 699/2011, que passaria a ter a seguinte redação: "O superficiário responderá integralmente pelos encargos e tributos que incidirem sobre a propriedade superficiária, arcando, ainda, proporcionalmente, à sua parcela de ocupação efetiva, com os encargos e tributos sobre a área objeto da concessão do direito de superfície, salvo estipulação em contrário". Para abrandar a atual redação do comando, há possibilidade de divisão das despesas pelo teor do Enunciado n. 94 do CJF/STJ, da *I Jornada de Direito Civil*: "As partes têm plena liberdade para deliberar, no contrato respectivo, sobre o rateio

dos encargos e tributos que incidirão sobre a área objeto da concessão do direito de superfície".

De acordo com o texto legal, pode haver transferência da superfície a terceiros, bem como sua transmissão aos herdeiros do superficiário, com falecimento deste. Não se permitindo, porém, a estipulação de pagamento de qualquer quantia pela transferência, como ocorria com o laudêmio, na enfiteuse (art. 1.372 do CC).

Se ocorrer a alienação do imóvel ou do direito de superfície, o superficiário ou o proprietário terão, reciprocamente, direito de preferência em igualdade de condições (art. 1.373 do CC). Observa-se no comando uma *preempção ou prelação legal em mão dupla*, que atinge tanto o fundieiro quanto o superficiário. Porém, o grande problema do dispositivo é que ele não trata da consequência caso tal direito de preferência não seja respeitado. Três correntes doutrinárias podem ser apontadas a respeito do tema:

1. ª Corrente – O fundieiro ou superficiário preterido somente pode pleitear perdas e danos da outra parte, o que é aplicação da cláusula de preferência da compra e venda (arts. 513 a 520 do CC). Subsume-se o art. 518 do CC, pelo qual: "Responderá por perdas e danos o comprador, se alienar a coisa sem ter dado ao vendedor ciência do preço e das vantagens que por ele lhe oferecem. Responderá solidariamente o adquirente, se tiver procedido de má-fé". A essa corrente estão filiados Pablo Stolze Gagliano,[129] Sílvio de Salvo Venosa,[130] Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado.[131]

2. ª Corrente – Deve-se aplicar, por analogia, do art. 33 da Lei de Locação (Lei 8.245/1991), cabendo alienação da coisa mediante o depósito do preço ou perdas e danos. Essa corrente é liderada por Maria Helena Diniz[132] e Marco Aurélio Bezerra de Melo.[133]

3. ª Corrente – Aplica-se o art. 504 do CC, que trata do direito de preferência ou prelação legal a favor do condômino no condomínio de coisa indivisível. A aplicação por analogia está fundada na proximidade real entre os institutos, o que não ocorre nos caminhos percorridos pelas correntes anteriores. O prazo decadencial para a ação de adjudicação da coisa é de 180 dias, a contar da ciência da alienação realizada ao terceiro. Filia-se a essa corrente. Do mesmo modo entendem Rodrigo Reis Mazzei,[134] Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barboza,[135] Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald.[136] Também compartilhando desse modo de pensar, vejamos enunciado aprovado na *V Jornada de Direito Civil:* "Ao superficiário que não foi previamente notificado pelo proprietário para exercer o direito de preferência previsto no art. 1.373 do CC, é assegurado o direito de, no prazo de seis meses, contado do registro da alienação, adjudicar para si o bem mediante depósito do preço" (Enunciado n. 510). A única ressalva a fazer ao enunciado é que ele deveria mencionar o prazo de 180 dias, e não seis meses.

A superfície pode extinguir-se antes do termo final se o superficiário der ao terreno destinação diversa daquela para a qual lhe foi concedida (art. 1.374 do CC). A regra trata do inadimplemento do negócio superficiário, quando a parte desrespeita a lógica do ato de constituição.

Com a extinção da superfície, o proprietário passa a ter a propriedade plena sobre o terreno, a construção, ou a plantação, as acessões e as benfeitorias, independentemente de indenização, se as partes não estipularem o contrário (art. 1.375 do CC). O comando é específico afastando as normas gerais aplicáveis ao possuidor de boa-fé, como é o caso do superficiário. Consigne-se que a grande

vantagem da superfície para o proprietário ou fundieiro é justamente a de adquirir as construções ou plantações. Como ocorre com a sua constituição, diante do princípio da publicidade, a extinção da superfície deverá ser registrada no Cartório de Registro de Imóveis.

Determina o art. 1.376 do CC que, em caso de desapropriação do imóvel, a indenização cabe ao proprietário e ao superficiário no valor correspondente ao direito de cada um. A norma apresenta mais uma lacuna, ao não prever como deve ser a divisão da indenização. Tentando preencher o conteúdo da norma, foi aprovado o Enunciado n. 322 do CJF/STJ, na *IV Jornada de Direito Civil*, prevendo que "O momento da desapropriação e as condições da concessão superficiária serão considerados para fins da divisão do montante indenizatório (art. 1.376), constituindo-se litisconsórcio passivo necessário simples entre proprietário e superficiário".

Por fim, preconiza o art. 1.377 do CC que o direito de superfície, constituído por pessoa jurídica de direito público interno, rege-se pela codificação privada, no que não for diversamente disciplinado por lei especial. Desse modo, para a superfície assim instituída, deverá ser aplicado o Estatuto da Cidade (arts. 21 a 24 da Lei 10.257/2001).

Para encerrar o estudo do instituto, nota-se que há claras diferenças entre a superfície do CC/2002 e a do Estatuto da Cidade, sendo certo que a primeira norma não revogou a segunda nesse ponto. Nesse sentido, o Enunciado n. 93 do CJF/STJ, da I Jornada de Direito Civil (2002): "As normas previstas no Código Civil sobre o direito de superfície não revogam as normas relativas a direito de superfície constantes do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), por ser instrumento de política de desenvolvimento urbano". Vejamos a tabela comparativa entre as duas modalidades de superfície:

Direito de superfície do CC/2002.	Direito de Superfície do Estatuto da Cidade.
Imóvel urbano ou rural.	Imóvel urbano
Exploração mais restrita: construções e plantações.	Exploração mais ampla: qualquer utilização de acordo com a política urbana.
Em regra, não há autorização para utilização do subsolo e do espaço aéreo.	Em regra é possível utilizar o subsolo ou o espaço aéreo.
Cessão somente por prazo determinado.	Cessão por prazo determinado ou indeterminado.

Para afastar a tese de revogação, invoca-se o que consta do art. 2.043 do CC/2002, pelo qual "Até que por outra forma se disciplinem, continuam em vigor as disposições de natureza processual, administrativa ou penal, constantes de leis cujos preceitos de natureza civil hajam sido incorporados a este Código". Ora, os comandos do Estatuto da Cidade também têm natureza administrativa, o que justifica a sua manutenção. Em reforço, uma norma especial anterior, como o Estatuto da Cidade,

deve prevalecer sobre uma norma geral posterior, como o CC/2002, eis que o critério da especialidade é mais forte que o cronológico. Em suma, as duas formas de superfície coexistem no sistema privado nacional.

7.8.3 Das servidões

O CC/2002 utiliza o termo *servidões* (arts. 1.379 a 1.389), ao invés de *servidões prediais* que constava da codificação anterior (arts. 695 a 712). Entre os clássicos, como se extrai da obra de Washington de Barros Monteiro, atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf, a codificação anterior utilizava a locução *prediais* para distingui-las das *servidões pessoais* (usufruto, uso e habitação). Como a expressão constituía "resíduo inócuo da terminologia tradicional" acabou por ser retirada.[137] Ademais, o termo *servidões prediais* acaba por ser pleonástico, uma vez que a servidão, por razões óbvias, somente pode recair sobre imóveis ou prédios.

Por meio desse instituto real, um prédio proporciona utilidade a outro, gravando o último, que é do domínio de outra pessoa. O direito real de gozo ou fruição constitui-se mediante declaração expressa dos proprietários dos prédios, ou por testamento, e subsequente registro no Cartório de Registro de Imóveis (art. 1.378 do CC). Os prédios envolvidos na servidão são assim denominados:

a) Prédio dominante – aquele que tem a servidão a seu favor.
b) Prédio serviente – aquele que serve o outro, em detrimento do seu domínio.

Como se pode perceber, nas servidões os qualificativos se referem aos prédios e não às partes, como ocorre nos demais direitos reais de gozo. De forma didática, é possível afirmar que na servidão a concessão real diz respeito a uma espécie de *tapete* sobre a propriedade, o que é notado, principalmente, na servidão de passagem. Não se olvide que a servidão não se presume, podendo ter as seguintes origens:

– Negócio jurídico *inter vivos* ou *mortis causa* – institui-se o direito real por contrato ou testamento, conforme já exposto, devidamente registrado no CRI.
– Usucapião – prevê *o caput* do art. 1.379 do CC que o exercício incontestado e contínuo de uma servidão aparente, por dez anos, nos termos do art. 1.242, autoriza o interessado a registrá-la em seu nome no Registro de Imóveis, valendo-lhe como título a sentença que julgar consumado a usucapião (*usucapião ordinária de servidão*). Porém, nos termos do seu parágrafo único, se o possuidor não tiver título, o prazo da usucapião será de 20 anos (*usucapião extraordinária de servidão*). Como se pode notar, o CC/2002 consagra um prazo de 20 anos para a usucapião extraordinária de servidão, maior do que o prazo para usucapião extraordinária da propriedade (15 anos). Diante desse contrassenso legal, parte da doutrina entende pela aplicação do prazo máximo de 15 anos. Nesse sentido, contando com o apoio deste autor, o Enunciado n. 251 do CJF/STJ, da *III Jornada de Direito Civil* (2004): "O prazo máximo para o usucapião extraordinário

de servidões deve ser de 15 anos, em conformidade com o sistema geral de usucapião previsto no Código Civil".

– Destinação do proprietário – "o proprietário, em caráter permanente (*perpetui usus causa*), reserva determinada serventia, de prédio seu, em favor de outro. Se, futuramente, os dois imóveis passam a pertencer a proprietários diversos, a serventia vem a constituir servidão".[138]

– Sentença judicial – não havendo acordo entre os proprietários, entendendo o juiz que o direito real deve persistir em ação confessória.

Não se pode esquecer que a servidão não se confunde com a passagem forçada. A servidão é facultativa, não sendo obrigatório o pagamento de uma indenização. A passagem forçada é compulsória, assim como é o pagamento da indenização. A servidão é direito real de gozo ou fruição. A passagem forçada é instituto de direito de vizinhança, presente somente na situação em que o imóvel encravado não tem saída para a via pública (art. 1.285 do CC). Pode-se dizer que a passagem forçada constitui uma servidão legal e obrigatória; ao contrário da servidão propriamente dita, que é convencional. Concluindo desse modo, da jurisprudência superior, em acórdão que envolve ainda o abuso de direito:

> "Direito civil. Servidões legais e convencionais. Distinção. Abuso de direito. Configuração. – Há de se distinguir as servidões prediais legais das convencionais. As primeiras correspondem aos direitos de vizinhança, tendo como fonte direta a própria lei, incidindo independentemente da vontade das partes. Nascem em função da localização dos prédios, para possibilitar a exploração integral do imóvel dominante ou evitar o surgimento de conflitos entre os respectivos proprietários. As servidões convencionais, por sua vez, não estão previstas em lei, decorrendo do consentimento das partes. – Na espécie, é incontroverso que, após o surgimento de conflito sobre a construção de muro lindeiro, as partes celebraram acordo, homologado judicialmente, por meio do qual foram fixadas condições a serem respeitadas pelos recorridos para preservação da vista da paisagem a partir do terreno dos recorrentes. Não obstante inexista informação nos autos acerca do registro da transação na matrícula do imóvel, essa composição equipara-se a uma servidão convencional, representando, no mínimo, obrigação a ser respeitada pelos signatários do acordo e seus herdeiros. – Nosso ordenamento coíbe o abuso de direito, ou seja, o desvio no exercício do direito, de modo a causar dano a outrem, nos termos do art. 187 do CC/02. Assim, considerando a obrigação assumida, de preservação da vista da paisagem a partir do terreno dos recorrentes, verifica-se que os recorridos exerceram de forma abusiva o seu direito ao plantio de árvores, descumprindo, ainda que indiretamente, o acordo firmado, na medida em que, por via transversa, sujeitaram os recorrentes aos mesmos transtornos causados pelo antigo muro de alvenaria, o qual foi substituído por verdadeiro 'muro verde', que, como antes, impede a vista panorâmica. Recurso especial conhecido e provido" (STJ, REsp 935.474/RJ, Rel. Min. Ari Pargendler, Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 19.08.2008, *DJe* 16.09.2008).

Na esteira da melhor doutrina, as servidões admitem as seguintes classificações[139]:

I) Quanto à natureza dos prédios envolvidos:

→ Servidão rústica – em casos de prédios localizados fora de área urbana, ou seja, em terreno rural. Exemplos: servidão para tirar água, para condução de gado, de pastagem, para tirar areia ou pedras.

→ Servidão urbana – se o imóvel estiver localizado em área urbana. Exemplos: servidão para escoar água da chuva, para não impedir a entrada de luz, para passagem de som, para usufruir de vista ou de janela.

II) Quanto às condutas das partes:

→ Servidão positiva – exercida por ato positivo ou comissivo. Exemplo: servidão de passagem ou trânsito.

→ Servidão negativa – decorre de ato omissivo ou abstenção. Exemplo: servidão de não construir edificação no terreno.

III) Quanto ao modo de exercício:

→ Servidão contínua – exercida independentemente do ato humano. Exemplos: servidão de passagem de água, de som, de imagem, de energia.

→ Servidão descontínua – depende da atuação humana de forma sequencial. Exemplos: servidão de passagem ou trânsito de pessoas, de tirar água no terreno alheio, de pastagem.

IV) Quanto à forma de exteriorização:

→ Servidão aparente – está evidenciada no plano real e concreto, havendo sinal exterior. Exemplos: servidão de passagem ou trânsito, servidão de imagem.

→ Servidão não aparente – não revelada no plano exterior. Exemplo: servidão de não construir.

Observação 1 – Perfeitamente possível conciliar de forma livre e variável as duas últimas classificações. Assim, as servidões contínua e descontínua podem ser aparentes ou não aparentes.

Observação 2 – Atente-se que ainda tem aplicação a Súmula 415 do STF: "Servidão de trânsito, não titulada, mas tornada permanente pela natureza das obras, considera-se aparente, conferindo direito à proteção possessória". Alguns julgados a seguir reproduzidos aplicam o teor da súmula.

Quanto ao exercício das servidões, dispõe o art. 1.380 do CC que o dono de uma servidão pode fazer todas as obras necessárias à sua conservação e uso. Se a servidão pertencer a mais de um prédio (servidão conjunta), serão as despesas rateadas entre os respectivos donos, em regra, de forma igualitária e proporcional.

Em regra, tais obras devem ser feitas pelo dono do prédio dominante, se o contrário não dispuser expressamente o título (art. 1.381 do CC). Com razão, segundo Maria Helena Diniz, a norma está fundada na constatação pela qual é o dono do prédio dominante que se beneficia do ônus real.[140]

Nos termos do art. 1.382 do CC, se a obrigação referente às obras incumbir ao dono do prédio serviente, por convenção entre as partes, este poderá exonerar-se, abandonando, total ou parcialmente, a propriedade ao dono do dominante (*abandono liberatório*). Em complemento, se o proprietário do prédio dominante se recusar a receber a propriedade do serviente, ou parte dela, caber-lhe-á custear as obras.

Ainda no que se refere ao exercício da servidão, o dono do prédio serviente não poderá embaraçá-lo, sob as penas da lei (art. 1.383 do CC). Em caso de incômodo no exercício, o dono do prédio dominante poderá fazer uso das ações possessórias, caso da ação de interdito proibitório e da ação de reintegração de posse. Com interessante conclusão a esse respeito, do Tribunal de Goiás:

"Apelação cível. Reitegração de posse. Servidão de passagem. Comprovação. Proteção possessória deferida ante o embaraço criado pelo dono do prédio serviente. I – Servidão que não é titulada, mas tornada aparente, e suscetível de proteção possessória. II – A existência de outra estrada vicinal de acesso ao imóvel dominante não inviabiliza a ação. III – Em matéria de servidão, uma vez comprovada a sua existência, onde ressai que a estrada em questão é aberta a passagem de proprietários rurais da

região, injustificável o embaraço criado pelo proprietário do prédio serviente, de sorte que a proteção da posse se impõe à luz do disposto no art. 1.210 c/c o art. 1.383, ambos do novo Código Civil brasileiro. Apelo conhecido e improvido" (TJGO, Apelação Cível 96027-4/188, Processo 200600481730, Santa Cruz de Goiás, 1.ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Eduardo de Sousa, j. 04.07.2006, *DJGO* 14.09.2006).

Preconiza o art. 1.384 do CC que a servidão pode ser removida, de um local para outro, pelo dono do prédio serviente e à sua custa, se em nada diminuir as vantagens do prédio dominante. Também pode ser removida pelo dono deste e à sua custa, se houver considerável incremento da utilidade e não prejudicar o prédio serviente. Nota-se, em suma, que a remoção da servidão somente é possível se mantida a função social do direito real de fruição. Concluindo por essa possibilidade:

"Servidão de passagem. Mudança do caminho atual, que corta a propriedade ao meio. Remoção da passagem para um dos lados, junto à divisa. Admissibilidade. Situação menos onerosa ao prédio serviente e que não trará prejuízo ao prédio dominante. Aplicação do disposto no art. 1.384 do Código Civil. Recurso parcialmente provido. Para uso da faculdade pelo dono do prédio serviente, basta demonstrar a vantagem na mudança, vantagem que consistirá na redução do ônus ao seu prédio, tornando-o mais produtivo e com menores embaraços ao aproveitamento, sem prejudicar o prédio dominante" (TJSP, Apelação 7351895-1, Acórdão 3685126, Mirassol, 11.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Gilberto dos Santos, j. 04.06.2009, *DJESP* 08.07.2009).

Por outra via, ilustrando hipótese em que a remoção da servidão acarretou prejuízos e perda de utilidade da coisa, de Minas Gerais:

"Direito civil. Processual civil. Reintegração de posse-servidão de passagem. Acordo de vontades. Manutenção das servidões preexistentes. Esbulho. Comprovação dos requisitos do art. 927 do CPC. Reforma da sentença. Recurso provido. Sendo a hipótese de servidão aparente de passagem, e não de passagem forçada, indene de dúvidas ser a mesma passível de proteção possessória, eis que sua utilização configura inarredavelmente exercício de alguns dos poderes da propriedade, amoldando-se então perfeitamente ao conceito de posse insculpido no art. 1.196 do Código Civil – Súmula 415 do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. O direito real de servidão de trânsito, ao contrário do direito de vizinhança à passagem forçada, prescinde do encravamento do imóvel dominante, consistente na ausência de saída pela via pública, fonte ou porto. A obstrução arbitrária de uma servidão de trânsito, atenta contra direitos preexistentes e contra o acordo pactuado, podendo-se dizer que a estrada nova substituiu a estrada velha, causando maior gravame aos apelantes, sendo impossível sua remoção, conforme se depreende do art. 1.384 do Código Civil de 2002" (TJMG, Apelação Cível 1.0142.07.020073-8/0011, Carmo do Cajuru, 16.ª Câmara Cível, Rel. Des. Sebastião Pereira de Souza, j. 23.09.2009, *DJEMG* 06.11.2009).

A servidão é regida pelo *princípio de menor onerosidade ao imóvel serviente* ou pelo regramento do *civiliter modo*.[141] Prevê expressamente o art. 1.385 do CC o exercício da servidão será restringido às necessidades do prédio dominante, evitando-se, quanto possível, agravar o encargo ao prédio serviente. Para a efetivação dessas premissas, o dispositivo consagra os seguintes preceitos específicos:

1.º – Constituída para certo fim, a servidão não se pode ampliar a outro. Exemplo: se a servidão é para pastagem de gado, não pode incluir a cultura agrícola no mesmo campo rural.

2.º – Nas servidões de trânsito, a de maior inclui a de menor ônus, e a menor exclui a mais onerosa. Exemplos: se a servidão é de passagem de carros, inclui a passagem de pessoas. Todavia, a recíproca não é verdadeira.

3.º – Se as necessidades da cultura, ou da indústria, do prédio dominante impuserem à servidão maior largueza, o dono do serviente é obrigado a sofrê-la; mas tem direito a ser indenizado pelo excesso.

O exercício da servidão é ainda regido pelo *princípio da indivisibilidade* (*servitutes dividi non possunt*), retirado do art. 1.386 do CC. Determina esse comando que as servidões prediais são indivisíveis, e subsistem, no caso de divisão dos imóveis, em benefício de cada uma das porções do prédio dominante, e continuam a gravar cada uma das partes do prédio serviente. Tudo isso, salvo se, por natureza, ou por destino, só se aplicarem a certa parte de um ou de outro.

A encerrar o tratamento da servidão, o CC/2002 consagra as seguintes regras relativas à sua extinção:

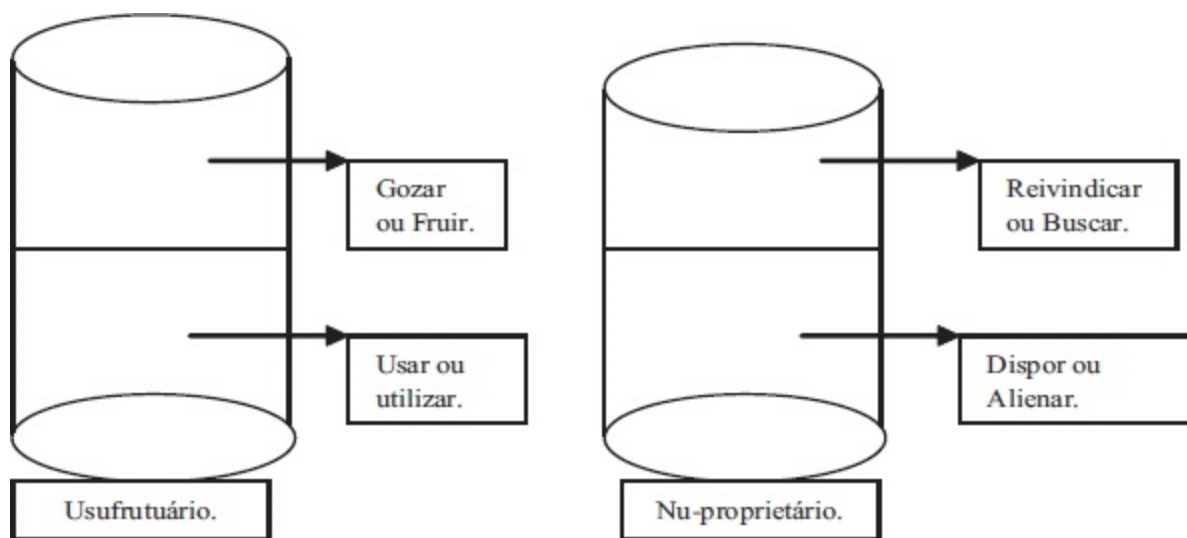
- Salvo nas desapropriações, a servidão, uma vez registrada, só se extingue, com respeito a terceiros, quando cancelada no registro de imóveis (art. 1.387 do CC). Se o prédio dominante estiver hipotecado, e a servidão se mencionar no título hipotecário, será também preciso, para cancelá-la, o consentimento do credor.
- Conforme o art. 1.388 do CC, o dono do prédio serviente tem direito, pelos meios judiciais, ao cancelamento do registro, embora o dono do prédio dominante lhe impugne: *a)* quando o titular houver renunciado à sua servidão*; b)* quando tiver cessado, para o prédio dominante, a utilidade ou a comodidade, que determinou a constituição da servidão (fim do objeto da servidão); *c)* quando o dono do prédio serviente resgatar a servidão. Conforme leciona Maria Helena Diniz, esse "ato de resgate, equivalente a uma renúncia expressa, convencional e onerosa, consiste em escritura pública subscrita por ambos os interessados, constando o preço da liberação do ônus real, sua quitação e autorização para que se proceda ao cancelamento do seu assento".[142]
- Por derradeiro, enuncia o art. 1.389 que também se extingue a servidão, ficando ao dono do prédio serviente a faculdade de fazê-la cancelar, mediante a prova da extinção: *a)* pela reunião dos dois prédios no domínio da mesma pessoa (*confusão real*); *b)* pela supressão das respectivas obras por efeito de contrato, ou de outro título expresso; *c)* pelo não uso, durante dez anos contínuos (*desuso da servidão*, pois se presume pelo tempo a sua inutilidade).

7.8.4 Do usufruto

O usufruto pode ser apontado como o direito real de gozo ou fruição por excelência, pois há a divisão igualitária dos atributos da propriedade (GRUD) entre as partes envolvidas:

a) Usufrutuário – como o próprio nome já diz, tem os atributos de usar (ou utilizar) e fruir (ou gozar) a coisa – GU. Repise-se que esses são os atributos diretos, que forma o *domínio útil*.

b) Nu-proprietário – tem os atributos de reivindicar (ou buscar) e dispor (ou alienar) a coisa – RD. É assim chamado justamente por estar *despido* dos atributos diretos, que estão com o usufrutuário.

Do ponto de vista estrutural, o que se nota no usufruto é o fracionamento perfeito e uniforme dos atributos do domínio, conforme o esquema a seguir:

Da simbologia criada podem ser extraídas algumas perguntas, a seguir respondidas, fundamentais para a compreensão do instituto do usufruto:

– O nu-proprietário pode locar o imóvel objeto de usufruto? Não, somente o usufrutuário, que tem o atributo de gozar ou fruir.
– O nu-proprietário pode usar a coisa? Não, apenas o usufrutuário.
– O usufrutuário pode vender o bem? Não, somente o nu-proprietário, que tem o atributo de disposição.
– Quem pode ingressar com a ação reivindicatória da coisa em usufruto? Somente o nu-proprietário.
– Quem pode ingressar com ação possessória relativa ao bem? Ambos, pois são possuidores: o usufrutuário é possuidor direto; o nu-proprietário indireto.

Nos termos do art. 1.390 do CC, o usufruto pode recair em um ou mais bens, móveis ou imóveis, em um patrimônio inteiro, ou parte deste, abrangendo-lhe, no todo ou em parte, os frutos e utilidades. O usufruto de imóveis, quando não resulte de usucapião, constituir-se-á mediante registro no Cartório de Registro de Imóveis (art. 1.391 do CC). De imediato, fica claro que o usufruto pode ter origem na convenção das partes ou em usucapião (o que é bem raro, diga-se de passagem). Na prática, a situação mais comum de usufruto envolve a doação, em que o doador transmite a propriedade mantendo para si a reserva de usufruto (chamado de *usufruto deducto*).

Conforme se retira da melhor doutrina, o usufruto admite as seguintes classificações:[143]

I) Quanto ao modo de instituição ou quanto à origem:

→ Usufruto legal – que decorre da lei e não da vontade das partes, sendo desnecessário o seu registro no Registro de Imóveis. Exemplos: usufruto dos pais sobre os bens dos filhos menores (art. 1.689, inc. I, do CC), usufruto a favor do cônjuge, que estiver na posse dos bens particulares do outro (art. 1.652, inc. I, do CC).

→ Usufruto voluntário ou convencional – decorre do exercício da autonomia privada, podendo ter origem em testamento ou em contrato (exemplo: doação). O usufruto voluntário decorrente de contrato admite a seguinte subclassificação, apontada por Flávio Augusto Monteiro de Barros:

* *Usufruto por alienação* – o proprietário concede o usufruto a terceiro e conserva a nua-propriedade.

* *Usufruto por retenção ou deducto* – o proprietário reserva para si o usufruto e transfere a nua-propriedade a um terceiro.[144]

→ Usufruto misto – é o que decorre da usucapião. Se houver justo-título e boa-fé, o prazo será de 10 anos (usucapião ordinária) e sem justo título ou boa-fé, o prazo é de 15 anos (usucapião extraordinária).[145] Aplicam-se as mesmas regras da usucapião de propriedade.

→ Usufruto judicial – O juiz da execução pode conceder ao credor o usufruto de móvel ou imóvel, quando o reputar menos gravoso ao executado e eficiente para o recebimento do crédito. Decretado o usufruto, perde o devedor o gozo do móvel ou imóvel, até que o exequente seja pago do principal, juros, custas e honorários advocatícios. O usufruto tem eficácia, tanto em relação ao devedor como a terceiros, a partir da publicação da sentença que o conceder. Na sentença, o juiz nomeará um administrador que será investido de todos os poderes que concernem ao usufrutuário (arts. 716 a 724 do CPC, com redação dada pela Lei 11.382/2006).

II) Quanto ao objeto em que recai:

→ Usufruto próprio – recai sobre bens infungíveis e inconsumíveis. Ao final, o usufrutuário deve restituir os bens que recebeu.

→ Usufruto impróprio ou quase usufruto – recai sobre bens fungíveis e consumíveis. O usufrutuário se torna proprietário da coisa, podendo aliená-la a terceiros ou consumi-la. Por razões óbvias, ao final do usufruto, deverá ser restituído o equivalente à coisa, aplicando-se as mesmas regras do mútuo (art. 1.392, § 1.º, do CC). Desse modo, não sendo possível devolver coisa do mesmo gênero, caberá a restituição em dinheiro.

III) Quanto à extensão:

→ Usufruto total ou pleno – abrange todos os acessórios da coisa, o que constitui regra, salvo previsão em contrário (art. 1.392, *caput*, do CC).

→ Usufruto parcial ou restrito – tem seu conteúdo delimitado na instituição, podendo não abranger todos os acessórios da coisa objeto do instituto.

IV) Quanto à duração:

→ Usufruto temporário ou a termo – quando da instituição já se estabelece seu prazo de duração (art. 1.410, inc. II, do CC). Se for usufrutuária a pessoa jurídica, seu termo máximo de duração será de 30 anos (art. 1.410, inc. III, do CC).

→ Usufruto vitalício – caso seja estipulado a favor de pessoa natural, sem previsão de prazo ou termo final, o usufruto é considerado vitalício e se extingue com a morte do usufrutuário (art. 1.411 do CC). Deve-se atentar ao fato de que a morte do nu-proprietário não é causa de extinção do usufruto, transmitindo-se tal qualidade aos seus herdeiros.

Superada a classificação do usufruto, prescreve o art. 1.393 do CC/2002, regra fundamental, que “Não se pode transferir o usufruto por alienação; mas o seu exercício pode ceder-se por título gratuito ou oneroso”. O dispositivo tem sentido bem diferente do art. 717 do CC/1916, seu equivalente na codificação anterior, que dispunha: “O usufruto só se pode transferir, por alienação, ao proprietário da coisa; mas o seu exercício pode ceder-se por título gratuito ou oneroso”. Em resumo, nota-se que a regra sempre foi a de intransmissibilidade do usufruto, exceção feita na lei

anterior para a possibilidade de o usufrutuário ceder o domínio útil ao nu-proprietário, de forma gratuita ou onerosa. No tocante à cessão do exercício do usufruto, sempre foi ela permitida (exemplos: possibilidade de ceder o bem usufrutuário em comodato ou locação).

A propósito da inalienabilidade do usufruto, entende-se que ele é impenhorável (por todos: STJ, AgRg no Ag 851.994/PR, Primeira Turma, Rel. Ministro José Delgado, julgado em 11.09.2007, *DJ* 01.10.2007, p. 225). Todavia, admite-se a penhora dos frutos que decorrem do instituto, conforme reconheceu o STJ em decisão publicada no seu *Informativo* n. *443*:

> "Penhora. Usufruto. Imóvel. Residência. O tribunal *a quo* reconheceu a possibilidade da penhora do direito ao exercício de usufruto vitalício da ora recorrente. Porém, o usufruto é um direito real transitório que concede a seu titular o gozo de bem pertencente a terceiro durante certo tempo, sob certa condição ou vitaliciamente. O nu-proprietário do imóvel, por sua vez, exerce o domínio limitado à substância da coisa. Na redação do art. 717 do CC/1916, vigente à época dos fatos, deduz-se que o direito de usufruto é inalienável, salvo quanto ao proprietário da coisa. Seu exercício, contudo, pode ser cedido a título oneroso ou gratuito. Resulta daí a jurisprudência admitir que os frutos decorrentes dessa cessão podem ser penhorados, desde que tenham expressão econômica imediata. No caso, o imóvel é ocupado pela própria devedora, que nele reside, não produzindo qualquer fruto que possa ser penhorado. Assim, não é cabível a penhora do exercício do direito ao usufruto do imóvel ocupado pelo recorrente, por ausência de amparo legal. Logo, a Turma deu provimento ao recurso. Precedentes citados: REsp 925.687-DF, *DJ* 17.09.2007; REsp 242.031-SP, *DJ* 29.03.2004, e AgRg no Ag 851.994-PR, *DJ* 1.º.10.2007" (STJ, REsp 883.085/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 19.08.2010).

Pois bem, a questão controvertida que surge da atual redação do art. 1.393 do CC é a seguinte: é ainda possível que o usufrutuário ceda ao proprietário o domínio útil, ou seja, os direitos de usar e fruir, de forma gratuita ou onerosa? Duas correntes bem definidas surgem na doutrina:

> *1.ª Corrente* – Está mantida a possibilidade de alienação do usufruto pelo usufrutuário ao nu-proprietário, hipótese de sua extinção por *consolidação*, nos termos do art. 1.410, I, do CC/2002. Essa é a opinião de Ricardo Aronne,[146] Carlos Alberto Dabus Maluf,[147] José Fernando Simão,[148] Carlos Roberto Gonçalves,[149] Flávio Augusto Monteiro de Barros[150] e Marco Aurélio S. Viana.[151]
>
> *2.ª Corrente* – Não é permitida, de forma absoluta, a referida alienação, pois a intenção do legislador de 2002 foi a de retirar tal possibilidade do sistema. Em suma, não é possível que o usufrutuário transmita sua condição de forma onerosa mesmo ao nu-proprietário, eis que o usufruto tem clara natureza personalíssima (*intuito personae*). Essa é a opinião de Maria Helena Diniz,[152] Caio Mário da Silva Pereira,[153] Marco Aurélio Bezerra de Melo,[154] Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado,[155] estando a esse entendimento filiado o presente autor.

Superada tal controvérsia, o CC/2002 consagra como *direitos do usufrutuário:*

- O usufrutuário tem direito à posse, uso, administração e percepção dos frutos (art. 1.394 do CC). Trata-se de direitos que decorrem diretamente da natureza do usufruto, conforme estruturação demonstrada no início do tópico.
- Quando o usufruto recai em títulos de crédito, o usufrutuário tem direito a perceber os frutos e a cobrar as

respectivas dívidas, o que do mesmo modo decorre da própria natureza do instituto (art. 1.395, *caput*, do CC). Cobradas as dívidas, o usufrutuário aplicará, de imediato, a importância em títulos da mesma natureza, ou em títulos da dívida pública federal, com cláusula de atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos (art. 1.395, parágrafo único, do CC).

– Salvo direito adquirido por outrem, o usufrutuário tem direito aos frutos naturais, pendentes ao começar o usufruto, sem encargo de pagar as despesas de produção desses frutos (art. 1.396, *caput*, do CC). Ilustrando, iniciado o usufruto de uma fazenda repleta de laranjeiras com laranjas, o usufrutuário terá direito a recolhê-las. Porém, os frutos naturais, pendentes ao tempo em que cessa o usufruto, pertencem ao dono da coisa (nu-proprietário), também sem compensação das despesas (art. 1.396, parágrafo único, do CC). Percebe-se que o usufrutuário tem *bônus e ônus*, na mesma proporção.

– Norma aplicável à realidade rural ou agrária, enuncia o art. 1.397 do CC que as crias dos animais pertencem ao usufrutuário, deduzidas quantas bastem para inteirar as cabeças de gado existentes ao começar o usufruto (*hipótese de compensação legal*).

– Os frutos civis, vencidos na data inicial do usufruto, pertencem ao proprietário, e, ao usufrutuário, os vencidos na data em que cessa o usufruto (art. 1.398 do CC). Exemplo: se o imóvel é locado pelo usufrutuário os aluguéis colhidos durante o usufruto e os pendentes, por óbvio, lhe pertencem.

– Por fim, o usufrutuário pode usufruir em pessoa, ou mediante arrendamento, o prédio, mas não mudar-lhe a destinação econômica, sem expressa autorização do proprietário (art. 1.399 do CC). A ilustrar, se o imóvel tiver destinação residencial, para que passe a ter uma finalidade empresarial na locação de terceiro, há necessidade de autorização do nu-proprietário, sob pena de extinção do instituto.

Ato contínuo, a atual codificação privada prevê os deveres do usufrutuário, a saber:

– O usufrutuário, antes de assumir o usufruto, inventariará, à sua custa, os bens que receber, determinando o estado em que se acham, e dará a *caução usufrutuária*, pessoal ou real, se essa for exigir pelo dono da coisa. Tal caução visa a garantir a conservação e a entrega da coisa ao final do usufruto (art. 1.400, *caput*, do CC). Essa caução é dispensada em relação ao doador que faz reserva de usufruto, em *usufruto deducto* (art. 1.400, parágrafo único, do CC).

– O usufrutuário que não quiser ou não puder dar caução suficiente perderá o direito de administrar o usufruto. Em casos tais, os bens serão administrados pelo proprietário, que ficará obrigado, mediante caução, a entregar ao usufrutuário o rendimento deles, deduzidas as despesas de administração, entre as quais se incluirá a quantia fixada pelo juiz como remuneração do administrador (art. 1.401 do CC).

– O usufrutuário não é obrigado a pagar as deteriorações resultantes do exercício regular do usufruto (art. 1.402 do CC). Desse modo, não deverá indenizar as deteriorações que decorrerem de caso fortuito (evento totalmente imprevisível) ou força maior (evento previsível, mas inevitável). Porém, havendo culpa ou exercício irregular de direito a causar a deterioração da coisa, o usufrutuário terá que indenizar o proprietário, o que pode ser retirado da parte final do art. 1.400; bem como dos arts. 186 e 187 do CC.

– Nos termos do art. 1.403 do CC, incumbem ao usufrutuário: *a)* as despesas ordinárias de conservação dos bens no estado em que os recebeu; *b)* as prestações e os tributos devidos pela posse ou rendimento da coisa usufruída. Tais despesas são naturais da posse direta e do uso da coisa, devendo caber, por óbvio, ao usufrutuário.

– Incumbem ao nu-proprietário as *reparações extraordinárias* da coisa (exemplo: referentes à sua estrutura), e as *reparações ordinárias não módicas* (art. 1.404 do CC). O mesmo comando ressalva que, em casos tais, o usufrutuário pagará ao nu-proprietário os juros do capital despendido com as reparações que forem necessárias à conservação, ou aumentarem o rendimento da coisa usufruída. São consideradas *reparações*

ordinárias não módicas as despesas superiores a dois terços do líquido rendimento em um ano (§ 1.º). Por fim, se o dono não fizer as reparações a que está obrigado, e que são indispensáveis à conservação da coisa, o usufrutuário pode realizá-las, cobrando daquele a importância despendida (§ 2.º).

– Se o usufruto recair em patrimônio, ou parte deste, será o usufrutuário obrigado aos juros da dívida que onerar o patrimônio ou a parte dele (art. 1.405 do CC).

– Pelo dever de informação que decorre da boa-fé objetiva, o usufrutuário é obrigado a dar ciência ao dono de qualquer lesão produzida contra a posse da coisa, ou os direitos deste (art. 1.406 do CC).

– Se a coisa usufrutuária estiver segurada, incumbe ao usufrutuário pagar, durante o usufruto, as contribuições do seguro (prêmio), que é considerado como despesa que decorre do uso (art. 1.407, *caput*, do CC). Porém, feito o seguro pelo usufrutuário, caberá ao proprietário o direito dele resultante contra o segurador, ou seja, o direito de receber a indenização (§ 1°). Em qualquer hipótese, o direito do usufrutuário fica sub-rogado no valor da indenização do seguro, hipótese de sub-rogação legal (§ 2.º).

– Se um imóvel sujeito a usufruto for destruído sem culpa do proprietário, não será este obrigado a reconstruí-lo. Além disso, o usufruto não será restabelecido se o proprietário reconstruir à sua custa o prédio. Porém, se a indenização do seguro for aplicada à reconstrução do prédio, haverá restabelecimento do usufruto (art. 1.408 do CC).

– Por fim, se a coisa objeto de usufruto for desapropriada, a indenização ficará sub-rogada no ônus do usufruto, e lugar do prédio, ou seja, tais valores serão do usufrutuário enquanto supostamente vigente o instituto. Pelo mesmo art. 1.409 do CC, havendo perda ou deterioração da coisa por ato de terceiro, terá direito o usufrutuário à indenização de acordo com o seu direito e o dano sofrido.

A encerrar o estudo do usufruto, é preciso visualizar as hipóteses de sua extinção, tratadas pelo art. 1.410 do CC. Em todas as situações a seguir listadas, há necessidade de cancelamento do registro no CRI, quando se tratar de bem imóvel:

» Extinção do usufruto pela renúncia do usufrutuário, o que deve ser feito por escritura pública quando se tratar de imóveis com valor superior a 30 salários-mínimos (art. 108 do CC).

» Extinção do usufruto por morte do usufrutuário, no caso de *usufruto vitalício*. A morte do nu-proprietário não gera a extinção do usufruto, seguindo o direito para os seus sucessores.

» Extinção do usufruto pelo termo final de sua duração (*dies ad quem*), ou vencimento do prazo, em havendo *usufruto temporário*.

» Extinção da pessoa jurídica, em favor de quem o usufruto foi constituído, ou, se ela perdurar, pelo decurso de 30 anos da data em que se começou a exercer.

» Extinção do usufruto pela cessação do motivo de que se origina. Maria Helena Diniz cita o exemplo do usufruto a favor do pai sobre os bens do filho menor sob o poder familiar, havendo extinção do usufruto com a maioridade do filho, pois o direito real perde sua razão de ser.[156]

» Extinção do usufruto pela destruição da coisa.

» Extinção pela *consolidação*, presente quando na mesma pessoa se confundem as qualidades de usufrutuário e proprietário. Exemplo: pai doa imóvel ao filho com reserva de usufruto. Com o falecimento do pai, o filho, seu único sucessor, consolida a propriedade plena em seu nome.

» Extinção por culpa do usufrutuário, quando aliena, deteriora, ou deixa arruinar os bens, não lhes acudindo com os reparos de conservação, ou quando, no usufruto de títulos de crédito, não dá às importâncias recebidas a aplicação prevista no parágrafo único do art. 1.395 do CC.

» Extinção pelo não uso, ou não fruição, da coisa em que o usufruto recai (arts. 1.390 e 1.399). Sobre tal previsão, determina o Enunciado n. 252 do CJF/STJ, da *III Jornada de Direito Civil*, que "A extinção do usufruto pelo não uso, de que trata o art. 1.410, inc. VIII, independe do prazo previsto no art. 1.389, inc. III, operando-se imediatamente. Tem-se por desatendida, nesse caso, a função social do instituto". Concorda-se com o enunciado doutrinário, que representa aplicação do princípio da função social da posse, fazendo prevalecer o requisito qualitativo sobre o quantitativo.

Em complemento, merece comentário o art. 1.411 do CC, segundo o qual constituído o usufruto em favor de duas ou mais pessoas (*usufruto simultâneo ou conjunto*), extinguir-se-á a parte em relação a cada uma das que falecerem. Isso, salvo se, por estipulação expressa, o quinhão desses couber ao sobrevivente. Pela norma, em regra, não há *direito de acrescer entre os usufrutuários* , ou seja, falecendo um deles, o seu direito é consolidado ao nu-proprietário.

Porém, no ato de instituição do usufruto, pode constar o *direito de acrescer convencional, o que constitui exceção no sistema civil*. Exemplificando, se há usufruto de um imóvel em favor de dois usufrutuários (A e B), falecendo um deles (A), a sua quota de usufruto (50%), em regra, consolida-se ao nu-proprietário (C). Todavia, é possível convencionar que falecendo um dos usufrutuários (A) o seu direito é transmitido ou acrescido ao do outro (B). Do mesmo modo, para ilustrar todas as deduções expostas, com conteúdo bem interessante, do TJSP:

> "Prestação de contas. Ocorrência de doação de dois imóveis com instituição de usufruto vitalício em favor dos doadores. Morte de um dos usufrutuários. Hipótese de usufruto simultâneo, em que é possível que este sobreviva à morte de um dos usufrutuários. Inteligência do art. 740, do Código Civil de 1916 (a que corresponde o art. 1.411, do Código Civil de 2002). Direito de acrescer estipulado em relação a um dos imóveis, somando-se a parte ideal do falecido à parte da usufrutuária sobrevivente. Inocorrência de extinção do usufruto. Ausência, entretanto, de estipulação do direito de acrescer em relação ao outro imóvel. Extinção de 50% do usufruto verificada, consolidando-se nas mãos dos nus-proprietários. Plena legitimidade dos autores e interesse de agir deles em relação à quota parte do imóvel que foi consolidada nas mãos dos nus-proprietários. Extinção afastada nesta parte. Inteligência do art. 515, § 3.º, do Código de Processo Civil. Obrigação dos réus de prestar contas de valores recebidos e pagos aos autores evidenciada. Sucumbência recíproca caracterizada. Recurso parcialmente provido" (TJSP, Apelação com Revisão 324.701.4/7, Acórdão 4068740, Guariba, Primeira Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, j. 15.09.2009, *DJESP* 1.º.10.2009).

7.8.5 Do uso

O direito real de uso pode ser constituído de forma gratuita ou onerosa, havendo a cessão apenas do atributo de utilizar a coisa, seja ela móvel ou imóvel (o U do GRUD). Por isso se justifica as nomenclaturas *usufruto anão, nanico* ou *reduzido*. São partes do direito real em comento:

a) Proprietário – faz a cessão real da coisa.

b) Usuário – tem o direito personalíssimo de uso ou utilização da coisa.

Recaindo sobre imóvel, o direito real de uso deve ser registrado no Cartório de Registro de Imóveis (art. 167, I, n. 7, da Lei 6.015/1973). Na prática, rara é a sua ocorrência. Para ilustrar, pode ser citada a cessão real de uso de jazigos em cemitérios, conforme o antigo julgado a seguir:

> "Civil. ação de cobrança. Cessão de direito real de uso de jazigo perpétuo. Obrigação contratual do cessionário de pagar as taxas anuais de manutenção do cemitério. Exigência descabida da construção antecipada de jazigos. Ação procedente. Reconvenção improcedente. I – Não há cerceamento de defesa, se o fato é confessado pela parte adversa, sendo, porém, considerado irrelevante para o deslinde da causa. II – Tendo a cessionária pago durante muitos anos seguidos a taxa de manutenção, não pode agora recusá-la, dando ao contrato interpretação diversa, sob pena de comportamento contraditório. III – Não pode ser considerada inadimplida a obrigação ainda inexigível" (TJPR, Apelação Cível 0053038-1, Acórdão 16739, Curitiba, 2.ª Câmara Cível, Rel. Juiz Conv. Munir Karam, *DJPR* 29.11.1999).

Conforme o art. 1.412 do CC, o usuário utilizará a coisa e perceberá os seus frutos, quanto o exigirem as necessidades suas e de sua família. Assim, a fruição somente é possível para atender às necessidades básicas da família, o que está em sintonia com a ideia de patrimônio mínimo. Levam-se em conta as necessidades pessoais do usuário conforme a sua condição social e o lugar onde viver (§ 1.º). Para tanto, a lei considera como componentes da família o cônjuge do usuário, os seus filhos solteiros e as pessoas do seu serviço doméstico (§ 2.º). A última norma é totalmente superada pela ampliação do conceito de família, conforme se verá no próximo capítulo desta obra. Isso pode ser percebido, por exemplo, pela injustificada menção ao companheiro ou convivente, que goza de proteção constitucional (art. 226, § 3.º, da CF/1988).

Breve e derradeiro – como é o instituto –, determina o art. 1.413 do CC a aplicação ao uso, por analogia, das mesmas regras do usufruto, desde que não sejam com ele incompatíveis. Assim, incidem os mesmos casos de extinção por último estudados (art. 1.410 do CC).

7.8.6 Da habitação

O direito real de habitação constitui o mais restrito dos direitos reais de fruição, eis que apenas é cedida uma parte do atributo de usar, qual seja o direito de habitar o imóvel (fração do U do GRUD). São partes da habitação:

a) Proprietário – transmite o direito.
b) Habitante – tem o direito de habitar o imóvel a seu favor.

Tal direito real pode ser *legal* ou *convencional*, decorrendo o último de contrato ou testamento. O *direito real de habitação legal* será abordado no Capítulo 9 deste livro, pois tem grande pertinência no estudo da sucessão legítima do companheiro e do cônjuge (art. 1.831 do CC).

Recaindo sobre imóvel, o direito real de habitação convencional deve ser registrado no Cartório de Registro de Imóveis (art. 167, I, n. 7, da Lei 6.015/1973), norma que não se aplica ao direito de habitação legal que decorre do Direito de Família e das Sucessões.

O caráter gratuito da habitação é claro no art. 1.414 do CC, pelo qual o titular deste direito não a pode alugar, nem emprestar, mas simplesmente ocupá-la com sua família. Eventual desrespeito a essa norma acarreta a retomada do imóvel, por desvio de função.

Ademais, a norma deixa claro o caráter personalíssimo da categoria (*intuitu personae*), não sendo possível ceder o direito a terceiros, eis que o instituto visa à moradia específica do beneficiado. Dessa forma, não é viável juridicamente que o habitante institua um benefício semelhante em favor de terceiro, sendo proibido o *direito real de habitação de segundo grau*. Como a norma é de ordem pública, não cabe previsão em contrário no instrumento de instituição, sob pena de *nulidade virtual* (art. 166, VII, segunda parte, do CC).

Em havendo *direito real de habitação simultâneo*, conferido a mais de uma pessoa, qualquer delas que sozinha habite a casa não terá de pagar aluguel à outra, ou às outras, o que ressalta o seu caráter gratuito (art. 1.415 do CC). Porém, esse habitante exclusivo não pode as inibir de exercerem, querendo, o direito, que também lhes compete, de habitá-la. Em suma, é possível o compartilhamento compulsório do imóvel.

Por fim, são aplicáveis à habitação, no que não for contrário à sua natureza, as disposições relativas ao usufruto (art. 1.416 do CC). Desse modo, como já ficou claro, cabem as formas de extinção previstas pelo art. 1.410 do CC.

7.8.7 Das concessões especiais para uso e moradia. Novos direitos reais de gozo ou fruição criados pela Lei 11.481/2007

Como visto, a Lei 11.481/2007 introduziu dois novos direitos reais de gozo ou fruição no art. 1.225 do CC: a concessão de uso especial para fins de moradia (inc. XI) e a concessão de direito real de uso (inc. XII). Tais direitos reais referem-se a áreas públicas, geralmente invadidas e *urbanizadas* por favelas. Houve um claro intuito de *regularização jurídica* das áreas favelizadas, dentro da política de reforma urbana, para que a situação de *antidireito* passe a ser tratada pelo Direito.

Anote-se que a concessão real de uso já constava do arts. 7.º e 8.º do Decreto-lei 271/1967 com as alterações da Lei 11.481/2007. Enuncia a primeira norma que "É instituída a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas,

preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas".

Por outra via, a concessão de uso para fins de moradia consta da Medida Provisória 2.220/2001, que ainda continua em tramitação. Dispõe a Medida Provisória em seu art. 1.º que "Aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural".

Nos dois casos, deve ficar bem claro que os institutos constituem alternativas de regularização fundiária possível, eis que não se pode adquirir as citadas áreas públicas por usucapião (arts. 183, § 3.º, e 191, parágrafo único, da CF/1988). Espera-se, por questão de justiça e democrática distribuição das terras, que os institutos tenham a efetiva concreção prática.

7.9 DOS DIREITOS REAIS DE GARANTIA

7.9.1 Princípios e regras gerais quanto aos direitos reais de garantia tratados pelo CC/2002

Encerrando o livro do Direito das Coisas, o CC/2002 trata dos direitos reais de garantia sobre coisa alheia. Não se pode esquecer que os direitos reais de garantia não se confundem com as garantias pessoais ou fidejussórias, eis que no primeiro caso um bem garante a dívida por vínculo real (art. 1.419 do CC); enquanto que no último a dívida é garantida por uma pessoa (exemplo: fiança). Como garantias que são, os institutos têm nítida natureza acessória, aplicando-se o princípio da gravitação jurídica (o acessório segue o principal).

São *direitos reais de garantia sobre coisa alheia* o penhor, a hipoteca e a anticrese, que têm regras gerais entre os arts. 1.419 e 1.430 do CC. Seguem, após *essa teoria geral dos direitos reais de garanti*a, as suas regras específicas e detalhadas. Como forma de garantia real, há ainda a alienação fiduciária em garantia, que constitui um *direito real de garantia sobre coisa própria*, com tratamento em leis esparsas (DL 911/1969 e Lei 9.514/1997).

Pois bem, a respeito das características básicas dos direitos reais de garantia sobre coisa alheia, pode-se montar mais um acróstico que indica os seus efeitos (PISE):

– *Preferência* – Conforme o art. 1.422 do CC o credor hipotecário e o pignoratício têm preferência no pagamento a outros credores, observada, quanto à hipoteca, a prioridade no registro. Nos termos do seu parágrafo único, excetuam-se dessa

regra as dívidas que, em virtude de outras leis, devam ser pagas precipuamente a quaisquer outros créditos. Para ilustrar, nos termos do art. 83 da Lei de Falências (Lei 11.101/2005), a classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem: 1.º) os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a cento e cinquenta salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho; 2.º) créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado. Em suma, na falência, o crédito trabalhista prevalece na ordem sobre o crédito real de garantia. Além disso, editou o Superior Tribunal de Justiça recente súmula, prescrevendo que "Na execução de crédito relativo a cotas condominiais, este tem preferência sobre o hipotecário" (Súmula 478 do STJ, de junho de 2012). Anote-se que tal pensamento já era adotado pela própria Corte Superior e por Tribunais Estaduais, estando amparado na ideia de função social da propriedade inerente à vida comunitária em condomínio.

– *Indivisibilidade* – O pagamento de uma ou mais prestações da dívida não importa exoneração correspondente da garantia, ainda que esta compreenda vários bens, salvo disposição expressa no título ou na quitação (art. 1.421 do CC). Sendo assim, mesmo sendo paga parcialmente a dívida, o direito real permanece incólume, em regra, salvo previsão em contrário na sua instituição ou quando do pagamento. Além disso, conforme decisão do STJ, "não pode a penhora, em execução movida a um dos coproprietários, recair sobre parte dele. Sendo indivisível o bem, importa indivisibilidade da garantia real" (STJ, REsp 282.478/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3.ª Turma, j. 18.04.2002, *DJ* 28.10.2002, p. 309).

– *Sequela* – Representada pela seguinte máxima: *para onde o bem vai, o direito real de garantia o acompanha*. Desse modo, se um bem garantido é vendido, o direito real de garantia permanece, servindo para exemplificar: "Compra de salas comerciais. Hipoteca. Direito à sequela. 1. Não se tratando de aquisição de casa própria pelo Sistema Financeiro da Habitação, que dispõe de legislação protetiva especial, não há como dispensar o direito do credor hipotecário à sequela, tal e qual estampado na legislação civil. 2. Recurso especial conhecido e provido" (STJ, REsp 651.323/GO, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3.ª Turma, j. 07.06.2005, *DJ* 29.08.2005, p. 335).

– *Excussão* – O credor hipotecário e o pignoratício têm o direito de excutir a coisa hipotecada ou empenhada (art. 1.422 do CC). Desse modo, pode o referido credor ingressar com a ação de execução pignoratícia ou hipotecária para promover a alienação judicial da coisa garantida, visando a receber o seu crédito que tem garantia. Consigne-se que o credor anticrético não tem tal direito, podendo apenas reter em seu poder o bem, enquanto a dívida não for paga (art. 1.423 do CC). Esse direito do credor anticrético é extinto decorridos quinze anos da data de sua constituição (*perempção da anticrese*). Enuncia o art. 1.428 do CC que é nula a cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento. Ademais, após o vencimento, poderá o devedor dar a coisa em pagamento da dívida. O último comando consagra a nulidade absoluta do *pacto comissório real*, que vem a ser a cláusula que autoriza o credor de um direito real de garantia a ficar com o bem sem levá-lo a excussão. Destaque-se que para a jurisprudência superior a nulidade do pacto comissório prevalece sobre a nulidade da simulação: "Escritura de compra e venda. Coação. Empréstimo em dinheiro garantido por imóveis. Pacto comissório. Precedentes da Corte. (...). Antigo precedente da Corte assentou que existente pacto comissório, 'disfarçado por simulação, não se pode deixar de proclamar a nulidade, não pelo vício da simulação, mas em virtude de aquela avença não ser tolerada pelo direito' (REsp nº 21.681/SP, Terceira Turma, Relator o Ministro Eduardo Ribeiro, *DJ* de 03/08/1992). 3. Recurso especial não conhecido" (STJ, REsp 784.273/GO, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3.ª Turma, j. 12.12.2006, *DJ* 26.02.2007, p. 586).

Somente aquele que pode alienar poderá empenhar, hipotecar ou dar em anticrese. Ato contínuo, só os bens que se podem alienar poderão ser dados em penhor, anticrese ou hipoteca (art. 1.420, *caput*, do CC). A norma consagra *requisitos subjetivo* e *objetivo* bem claros para os direitos reais de garantia.

Quanto ao *requisito subjetivo*, pode-se dizer que somente quem é proprietário poderá oferecer o bem em garantia real. Não se pode esquecer que se o proprietário for casado, haverá necessidade de outorga conjugal (*uxória* ou *marital*) – em regra e salvo no regime da separação absoluta de bens

–, para que o seu imóvel seja hipotecado ou oferecido em anticrese (art. 1.647, I, do CC). Isso, sob pena de anulabilidade do ato de constrição (art. 1.649). Além disso, exige-se a capacidade genérica para os atos de alienação.

Ainda sobre o requisito subjetivo, relembre-se de que este autor está filiado à corrente que sustenta que não há necessidade de autorização dos demais descendentes se o ascendente constitui direito real de garantia em favor de um dos seus descendentes (pai e filhos, por exemplo). Isso porque o art. 496 do CC, que faz tal exigência na venda de ascendente para descendente, não se aplica por analogia aos direitos reais de garantia, caso da hipoteca. Como se trata de norma restritiva da autonomia privada, não admite analogia ou interpretação extensiva.[157] De outro modo, pode-se dizer que as situações são totalmente distintas, conforme reconhecido na prática jurisprudencial (TJSP, Apelação 1208790-6, São Joaquim da Barra, 22.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Maia da Rocha, j. 17.01.2006).

Em complemento, determina o § 1.º do art. 1.420 que a propriedade superveniente torna eficaz, desde o registro, as garantias reais estabelecidas por quem não era dono. Sendo assim, se alguém que não era dono da coisa ofereceu-a em hipoteca, sendo consolidada posteriormente a propriedade em seu nome, torna-se válida e eficaz a garantia anterior (*convalidação por superveniência do domínio*).

Também com pertinência subjetiva, dispõe § 2.º do art. 1.420 que a coisa comum a dois ou mais proprietários – em condomínio –, não pode ser dada em garantia real, na sua totalidade, sem o consentimento de todos. Todavia, cada um dos proprietários pode, individualmente, dar em garantia real a parte que tiver. Sendo desrespeitada a primeira parte da norma, a constituição da hipoteca é nula, por nulidade virtual, pois a lei proíbe a prática do ato sem cominar sanção (art. 166, VII, segunda parte, do CC).

No que concerne ao *requisito objetivo*, o bem oferecido em penhor, hipoteca ou anticrese deve ser alienável, ou seja, deve estar presente a *consuntibilidade jurídica*, nos termos da segunda parte do art. 86 do CC. Por isso, se um bem inalienável é oferecido em garantia haverá nulidade desta, por impossibilidade do objeto ou fraude à lei imperativa (art. 166, II ou VI, do CC). Para ilustrar, não pode ser objeto de hipoteca o *bem de família convencional*, previsto entre os arts. 1.711 a 1.722 do CC, por ser inalienável. Por outra via, o bem de família legal (Lei 8.009/1990) pode ser hipotecado, por ser apenas impenhorável.

O art. 1.424 do CC consagra requisitos específicos para o negócio jurídico constitutivo de penhor, anticrese ou hipoteca visando a sua *especialização*. Tais elementos devem estar presentes, sob pena de ineficácia do negócio, a saber:

I) O valor do crédito, sua estimação, ou seu valor máximo.

II) O prazo fixado para pagamento da dívida garantida, sendo a última o negócio principal relacionado à garantia real.

III) A taxa dos juros, se houver (na grande maioria das vezes, há juros convencionais).

IV) O bem dado em garantia, móvel ou imóvel, com as suas especificações.

Deve ficar claro que a falta dos requisitos acima não gera a nulidade do direito real ou a sua ineficácia entre as partes contratantes, mas apenas a sua ineficácia perante terceiros:

> "Requisitos do art. 761 do CC/1916 (art. 1.424 do CC/2002). Condições de eficácia do negócio jurídico perante terceiros. Existência e validade da avença entre as partes contratantes. Tradição simbólica. Possibilidade. Precedentes desta corte superior. Recurso parcialmente conhecido e, no ponto, provido. (...). Os requisitos elencados no art. 761 do Código revogado (art. 1.424 do CC/2002) não constituem elementos nucleares do penhor, sem os quais inexistiria o próprio contrato; sequer se ligam à validade mesma do acordo, que está a depender da capacidade do agente, da licitude do objeto e de forma prevista ou não defesa em Lei. Constituem, ao revés, verdadeiras condições de sua plena eficácia no mundo jurídico, isto é, da validade de sua oponibilidade a terceiros. Assim, devem ser mantidas, porque válidas, as disposições firmadas entre as partes originárias. (...)" (STJ, REsp 226.041/MG, 4.ª Turma, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 12.06.2007, *DJU* 29.06.2007, p. 629).

Dispositivo dos mais importantes para o penhor, a hipoteca e a anticrese é o que consagra as hipóteses em que a dívida garantida torna-se vencida (art. 1.425 do CC), a saber:

I) Se, deteriorando-se, ou depreciando-se o bem dado em segurança, desfalcar a garantia, e o devedor, intimado, não a reforçar ou substituir. As previsões estão relacionadas com casos em que a garantia perde a sua finalidade essencial.

II) Se o devedor cair em insolvência ou falir, decorrendo o vencimento antecipado da abertura de concursos de credores (art. 333, I, do CC).

III) Se as prestações não forem pontualmente pagas, toda vez que deste modo se achar estipulado o pagamento (inadimplemento por parte do devedor). Neste caso, o recebimento posterior da prestação atrasada importa renúncia do credor ao seu direito de execução imediata.

IV) Se perecer o bem dado em garantia, e esse não for substituído. Em situações tais, a coisa perdida se sub-rogará na eventual indenização do seguro, ou no ressarcimento do dano, em benefício do credor, a quem assistirá sobre ela preferência até seu completo reembolso (§ 1.º do art. 1.425).

V) Se ocorrer a desapropriação do bem imóvel em garantia, hipótese na qual se depositará a parte do preço que for necessária para o pagamento integral do credor.

Para as duas últimas previsões, só se vencerá a hipoteca antes do prazo estipulado se o perecimento, ou a desapropriação, recair sobre o bem dado em garantia e se a hipoteca não abranger outros bens (§ 2.º do art. 1.425). Não sendo preenchidos tais requisitos, subsiste a dívida com a respectiva garantia sobre os demais bens, não desapropriados ou não destruídos.

Em todos os casos listados de vencimento antecipado da dívida, não se compreendem os juros correspondentes ao tempo ainda não decorrido (art. 1.426 do CC). Isso, por razões óbvias, não se pode admitir o enriquecimento sem causa.

Admite-se que terceiro preste garantia real por dívida alheia, como é o caso do pai que oferece um imóvel seu para garantir dívida de seu filho (art. 1.427 do CC). Conforme leciona Sílvio de Salvo Venosa, "Trata-se da figura do interveniente hipotecante ou empenhante, utilizado com certa frequência".[158] Em situações tais, salvo cláusula expressa, o terceiro interveniente não fica obrigado a substituí-la, ou reforçá-la, quando, sem culpa sua, se perca, deteriore, ou desvalorize.

Efeito que decorre da indivisibilidade do direito real de garantia, não podem os sucessores do devedor remir – resgatar pelo pagamento –, parcialmente o penhor ou a hipoteca na proporção dos seus quinhões. Todavia é possível que os herdeiros remitam a dívida no todo (art. 1.429 do CC). Em casos dessa remição total, o herdeiro que pagou fica sub-rogado nos direitos do credor pelas quotas que houver satisfeito (art. 1.429, parágrafo único, do CC). De imediato, repise-se que, para o Direito Civil, a remição (resgate), não se confunde com a remissão (perdão). O alerta faz-se necessário, pois mais à frente se verá que o equívoco categórico é cometido pelo próprio legislador.

A encerrar as regras relativas à teoria geral dos direitos de garantia, enuncia o art. 1.430 que quando excutido o penhor ou executada a hipoteca e o produto da venda não bastar para o pagamento da dívida e das despesas judiciais, continuará o devedor obrigado pessoalmente pelo restante. Em suma, desaparecendo o direito real de garantia, o credor hipotecário ou pignoratício (credor especial, detentor de preferência), passa a ser um credor quirografário ou comum pelo restante da dívida não paga.

7.9.2 Do penhor

Como primeiro direito real de garantia sobre coisa alheia, o penhor é constituído sobre bens móveis (em regra), ocorrendo a transferência efetiva da posse do bem do devedor ao credor (também em regra). Diz-se duplamente *em regra*, pois, no penhor rural, industrial, mercantil e de veículos, as coisas empenhadas continuam em poder do devedor, que as deve guardar e conservar. Ademais, nem sempre o penhor recairá sobre coisa móvel, nos termos do que consta do art. 1.431 do CC.

São partes do penhor:

a) Devedor pignoratício – aquele que dá a coisa em garantia, tendo a dívida em seu desfavor. Pode ser o próprio devedor ou terceiro.

b) Credor pignoratício – tem o crédito e o direito real de garantia a seu favor.

Não se pode esquecer que a instituição do penhor será efetivada por instrumento, seja ele público ou particular. Sendo feito por instrumento particular deve ainda ser levado a registro, por qualquer dos contratantes, em regra, no Cartório de Títulos e Documentos (art. 1.432 do CC). O

registro é elemento essencial para a constituição e eficácia real ou *erga omnes* do penhor. Não sendo preenchido tal requisito, o negócio jurídico assume feição contratual, com efeitos *inter partes* apenas.

Como exemplo típico de penhor, cite-se a hipótese de alguém que quer um financiamento junto a Caixa Econômica Federal e que oferece joias em garantia real. Tais bens são entregues pelo devedor ao credor, até que a dívida seja efetivamente paga. Não se pode confundir o *penhor* (*garantia real*), em que os bens são *empenhados*, com a *penhora* (*constrição judicial para garantia do processo*), em que os bens são *penhorados*.

Nos termos do art. 1.433 do CC, o credor pignoratício tem os seguintes direitos:

I) Direito à posse da coisa empenhada, o que decorre da própria estrutura do instituto.

II) Direito à retenção da coisa, até que o indenizem das despesas devidamente justificadas, que tiver feito, não sendo ocasionadas por culpa sua.

III) Direito ao ressarcimento do prejuízo que houver sofrido por vício da coisa empenhada.

IV) Direito a promover a execução judicial, ou a venda amigável, se lhe permitir expressamente o ato de instituição, ou lhe autorizar o devedor mediante procuração.

V) Direito a apropriar-se dos frutos da coisa empenhada que se encontra em seu poder. Tal direito representa aplicação do *princípio da gravitação jurídica*, pelo qual o acessório segue o principal. Os frutos são bens acessórios que saem do principal sem diminuir a sua quantidade.

VI) Direito a promover a venda antecipada, mediante prévia autorização judicial, sempre que haja receio fundado de que a coisa empenhada se perca ou deteriore, devendo o preço ser depositado. O dono da coisa empenhada pode impedir a venda antecipada, substituindo-a, ou oferecendo outra garantia real idônea. Consigne-se que tal venda antecipada é sempre judicial pela impossibilidade de pacto comissório real (art. 1.428 do CC).

Em complemento, não pode o credor pignoratício ser constrangido a devolver a coisa empenhada, ou uma parte dela, antes de ser integralmente paga a dívida (art. 1.434 do CC). Eventualmente, pode o juiz, a requerimento do proprietário da coisa, determinar que seja vendida apenas uma das coisas, ou parte da coisa empenhada, suficiente para o pagamento do credor pignoratício.

Por outra via, são deveres do credor pignoratício (art. 1.435 do CC):

I) Manter a coisa sob sua custódia, como depositário, e a ressarcir ao dono a perda ou deterioração de que for culpado, podendo ser compensada na dívida, até a concorrente quantia, a importância referente à responsabilidade.

II) Defender a posse da coisa empenhada e a dar ciência, ao dono dela, das circunstâncias que tornarem necessário o exercício de ação possessória.

III) Imputar o valor dos frutos apropriados nas despesas de guarda e conservação, nos juros e no capital da obrigação garantida, sucessivamente.

IV) Restituir o bem empenhado com os respectivos frutos e acessões (incorporações), uma vez paga a dívida.

V) Entregar o que sobeje do preço, quando a dívida for paga. Assim, se a coisa for vendida por preço superior à divida, o restante ou saldo deve ser devolvido ao devedor.

Pois bem, o que é intrincado na abordagem do penhor é o estudo de suas modalidades quanto à origem e aos efeitos, a seguir expostas de forma esquematizada, com análise de suas regras fundamentais:

I) *Do Penhor Legal* – Segundo o art. 1.467 do CC/2002, são credores pignoratícios, independentemente de convenção e por força automática da lei: *a)* os hospedeiros, ou fornecedores de pousada ou alimento, sobre as bagagens, móveis, joias ou dinheiro que os seus consumidores ou fregueses tiverem consigo nas respectivas casas ou estabelecimentos, pelas despesas ou consumo que aí tiverem feito; *b)* o dono do prédio rústico ou urbano, sobre os bens móveis que o rendeiro ou inquilino tiver guarnecendo o mesmo prédio, pelos aluguéis ou rendas. Na primeira hipótese, a conta das dívidas será extraída conforme a tabela impressa, prévia e ostensivamente exposta no hotel ou afim, dos preços de hospedagem, da pensão ou dos gêneros fornecidos, sob pena de nulidade do penhor (art. 1.468). Nas duas hipóteses, o credor poderá tomar em garantia um ou mais objetos até o valor da dívida (art. 1.469). Os credores podem ainda fazer efetivo o penhor, antes de recorrerem à autoridade judiciária, sempre que haja perigo na demora, dando aos devedores comprovantes dos bens de que se apossarem (art. 1.470). Tomado o penhor, requererá o credor, ato contínuo, a sua homologação judicial (art. 1.471). Pode o locatário impedir a constituição do penhor mediante caução idônea (art. 1.472). Com o devido respeito ao pensamento em contrário, o presente autor entende que as modalidades de penhor legal apontadas não se coadunam com a atual realidade jurídica brasileira. O penhor legal do hospedeiro parece violar o Código de Defesa do Consumidor, por exigir do hóspede uma vantagem excessivamente onerosa, inclusive de lesão aos seus bens íntimos, constituindo uma cobrança vexatória, nos termos do art. 42 da Lei 8.078/1990. Já o penhor legal a favor do locador representa lesão à Lei 8.009/1990, que considera como impenhoráveis os bens móveis essenciais que guarnecem a residência da família. Ora, se tais bens são absolutamente impenhoráveis, igualmente não podem ser objeto de garantia legal. Feitas tais pontuações, além do penhor legal a favor do hospedeiro e do locador, o art. 31 da Lei 6.533/1978 consagra o penhor legal a favor do artista e do técnico de espetáculo sobre o equipamento e todo o material de propriedade do empregador, utilizado na realização do programa, espetáculo ou produção, pelo valor das obrigações não cumpridas pelo empregador.

II) *Do Penhor Convencional Comum* – Trata-se da forma ordinária de penhor, que tem por objeto bens móveis ocorrendo a transmissão da posse do devedor ao credor. Cite-se o negócio de penhor de joias, celebrado com a Caixa Econômica Federal.

III) *Do Penhor Convencional Especial* – O CC/2002 consagra modalidades especiais de penhor convencional, que quebram com as regras básicas do penhor comum. Vejamos, de forma pontual, os seus preceitos:

   a) *Do Penhor Rural* – Constitui-se sobre imóveis, mediante instrumento público ou particular, registrado no Cartório de Registro de Imóveis de situação da coisa (art. 1.438 do CC). Prometendo pagar em dinheiro a dívida que se garante com o penhor rural, o devedor poderá emitir, em favor do credor, cédula rural pignoratícia, na forma determinada em lei especial (art. 1.438, parágrafo único, do CC). Duas são as modalidades básicas de penhor rural: o penhor agrícola e o penhor pecuário. Em termos gerais, nas duas situações, os penhores não podem ser convencionados por prazos superiores aos das obrigações garantidas (art. 1.439 do CC). Ressalte-se que, originalmente, a norma estabelecia prazos máximos de três e quatro anos, respectivamente, prorrogáveis, uma só vez, até o limite igual de tempo. Houve alteração pela Medida Provisória 610/2013, convertida pela Lei 12.873, de outubro de 2013. A alteração se deu para tornar mais operável a garantia, que deve seguir limite de tempo da obrigação principal. Embora vencidos os prazos, permanece a garantia, enquanto subsistirem os bens que a constituem (art. 1.439, § 1.º). A prorrogação deve ser averbada à margem do registro respectivo, mediante requerimento do credor e do devedor (art. 1.439, § 2.º). Se o prédio já estiver hipotecado, o penhor rural poderá ser constituído independentemente da anuência do credor hipotecário, mas não lhe prejudica o direito de preferência, nem restringe a extensão da hipoteca, ao ser executada (art. 1.440). Diante da esperada boa-fé que decorre de qualquer negócio, tem o credor direito a verificar o estado das coisas

empenhadas, inspecionando-as onde se acharem, por si ou por pessoa que credenciar (art. 1.441). Os bens não são entregues ao credor, o que também representa quebra de regra básica do penhor convencional ordinário.

a.1) *Do Penhor Agrícola* – Podem ter por objeto os seguintes bens, descritos no art. 1.442 do CC: I) máquinas e instrumentos de agricultura; II) colheitas pendentes, ou em via de formação; III) frutos acondicionados ou armazenados; IV) lenha cortada e carvão vegetal; V) animais do serviço ordinário de estabelecimento agrícola. Nota-se que os bens acima são imóveis, seja por acessão física industrial seja por acessão física intelectual. Recaindo sobre colheita pendente, ou em via de formação, o penhor abrange a imediatamente seguinte, no caso de frustrar-se ou ser insuficiente a que se deu em garantia (art. 1.443, *caput*, do CC). Se o credor não financiar a nova safra, poderá o devedor constituir com outrem novo penhor, em quantia máxima equivalente à do primeiro. O segundo penhor terá preferência sobre o primeiro, abrangendo este apenas o excesso apurado na colheita seguinte (art. 1.443, parágrafo único, do CC).

a.2) *Do Penhor Pecuário* – Tem por objeto os animais que integram a atividade pastoril, agrícola ou de lacticínios, qu podem ser tidos como imóveis por acessão intelectual (art. 1.444 do CC). Como decorrência lógica de sua instituição, o devedor pignoratício não poderá alienar os animais empenhados sem prévio consentimento, por escrito, do credor pignoratício (art. 1.445, *caput*, do CC). Quando o devedor pretende alienar o gado empenhado ou, por negligência, ameace prejudicar o credor, poderá este requerer que se depositem os animais sob a guarda de terceiro, ou exigir que se lhe pague a dívida de imediato (art. 1.445, parágrafo único). Os animais da mesma espécie, comprados para substituir os mortos, ficam sub-rogados no penhor. Presume-se tal substituição, mas não terá eficácia contra terceiros se não constar de menção adicional ao respectivo contrato, a qual deverá ser averbada (art. 1.446 do CC).

b) *Do Penhor Industrial e Mercantil* – Tem por conteúdo máquinas, aparelhos, materiais e instrumentos instalados e em funcionamento, com ou sem acessórios. Ainda pode ter como objeto animais utilizados na indústria, sal e bens destinados à exploração das salinas, produtos de suinocultura, animais destinados à industrialização de carnes e derivados, matérias-primas e produtos industrializados (art. 1.447, *caput*, do CC). Como se percebe, mais uma vez, o seu objeto são bens imóveis por acessão intelectual, ou seja, bens móveis incorporados a imóveis. Além disso, os bens permanecem com o devedor, não havendo a transmissão da sua posse ao credor. Regula-se pelas disposições relativas aos armazéns gerais o penhor das mercadorias neles depositadas (art. 1.447, parágrafo único, do CC). O penhor industrial ou o mercantil é constituído mediante instrumento público ou particular, registrado no Cartório de Registro de Imóveis da circunscrição onde estiverem situadas as coisas empenhadas (art. 1.448, *caput*, do CC). Prometendo pagar em dinheiro a dívida, que garante com penhor industrial ou mercantil, o devedor poderá emitir, em favor do credor, cédula do respectivo crédito, na forma e para os fins que a lei especial determinar (art. 1.448, parágrafo único, do CC). O devedor não pode, sem o consentimento por escrito do credor, alterar as coisas empenhadas ou mudar-lhes a situação, nem delas dispor. O devedor que, anuindo o credor, alienar as coisas empenhadas, deverá repor outros bens da mesma natureza, que ficarão sub-rogados no penhor (art. 1.449 do CC). Por questão de boa-fé e de integridade da garantia, tem o credor direito a verificar o estado das coisas empenhadas, inspecionando-as onde se acharem, por si ou por pessoa que credenciar (art. 1.450 do CC).

c) *Do Penhor de Direitos e Títulos de Crédito* – Conforme o art. 1.451 do CC, podem ser objeto de penhor direitos, suscetíveis de cessão, sobre coisas móveis. O penhor de direito é constituído mediante instrumento público ou particular, registrado no Registro de Títulos e Documentos. O titular de direito empenhado deverá entregar ao credor pignoratício os documentos comprobatórios desse direito, salvo se tiver interesse legítimo em conservá-los (art. 1.452). Assim, pode eventualmente o título não ser entregue ao credor, o que quebra com o caráter ordinário ou comum do penhor. O penhor de crédito não tem eficácia senão quando notificado ao devedor. Por notificado tem-se o devedor que, em instrumento público ou particular, declarar-se ciente da existência do penhor (art. 1.453). O credor pignoratício deve praticar os atos necessários à conservação e defesa do direito empenhado e cobrar os juros e mais prestações acessórias compreendidas na garantia (art. 1.454). Deverá o credor pignoratício cobrar o crédito empenhado, assim que se torne exigível. Se este consistir numa prestação pecuniária, depositará a importância recebida, de acordo com o devedor pignoratício, ou onde o juiz determinar. Se consistir na entrega da coisa, nesta se sub-rogará o penhor. Estando vencido o crédito pignoratício, tem o credor direito a reter, da quantia recebida, o que lhe é devido, restituindo o restante

ao devedor; ou a excutir a coisa a ele entregue (art. 1.455 do CC). Se o mesmo crédito for objeto de vários penhores, só ao credor pignoratício, cujo direito prefira aos demais, o devedor deve pagar; responde por perdas e danos aos demais credores o credor preferente que, notificado por qualquer um deles, não promover oportunamente a cobrança (art. 1.456). O titular do crédito empenhado só pode receber o pagamento com a anuência, por escrito, do credor pignoratício, caso em que o penhor se extinguirá (art. 1.457 do CC). Já o penhor, que recai sobre título de crédito, constitui-se mediante instrumento público ou particular ou endosso pignoratício, com a tradição do título ao credor (art. 1.458). Ao credor, em penhor de título de crédito, compete o direito de: conservar a posse do título e recuperá-la de quem quer que o detenha; usar dos meios judiciais convenientes para assegurar os seus direitos e os do credor do título empenhado; fazer intimar ao devedor do título que não pague ao seu credor, enquanto durar o penhor; receber a importância consubstanciada no título e os respectivos juros, se exigíveis, restituindo o título ao devedor, quando este solver a obrigação (art. 1.459 do CC).

d) *Do Penhor de Veículos* – Trata-se de inovação festejada do CC/2002 diante de sua suposta eficiência prática. Nos termos do art. 1.461 do CC podem ser objeto de penhor os veículos empregados em qualquer espécie de transporte ou condução. O penhor de veículos é constituído mediante instrumento público ou particular, registrado no Cartório de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, e anotado no certificado de propriedade. Prometendo pagar em dinheiro a dívida garantida com o penhor, poderá o devedor emitir cédula de crédito, na forma e para os fins que a lei especial determinar (art. 1.462). Quebrando-se com a natureza geral do penhor convencional comum, o devedor pignoratício não entrega os veículos ao credor. O penhor de veículos não será efetivado sem que estejam previamente segurados contra furto, avaria, perecimento e danos causados a terceiros (art. 1.463). Como não detém a coisa, tem o credor direito a verificar o estado do veículo empenhado, inspecionando-o onde se achar, por si ou por pessoa que credenciar (art. 1.464). A alienação, ou a mudança, do veículo empenhado sem prévia comunicação ao credor importa no vencimento antecipado do crédito pignoratício (art. 1.465 do CC). O penhor de veículos só se pode convencionar pelo prazo máximo de dois anos, prorrogável até o limite de igual tempo, averbada a prorrogação à margem do registro respectivo (art. 1.466 do CC).

A findar o tratamento do penhor, o CC/2002 enuncia no seu art. 1.436 as hipóteses de sua extinção, a saber:

I) Extinguindo-se a obrigação principal, o que gera a extinção da obrigação acessória, representando aplicação do princípio da gravitação jurídica.

II) Perecendo a coisa objeto do penhor.

III) Renunciando o credor à garantia. Presume-se a renúncia do credor quando consentir na venda particular do penhor sem reserva de preço, quando restituir a sua posse ao devedor, ou quando anuir à sua substituição por outra garantia (§ 1.º do art. 1.436).

IV) Confundindo-se na mesma pessoa as qualidades de credor e de dono da coisa (confusão). Operando-se a confusão tão somente quanto à parte da dívida pignoratícia, subsistirá inteiro o penhor quanto ao resto (§ 1.º do art. 1.436).

V) Dando-se a adjudicação judicial, a remição (resgate pelo pagamento) ou a venda da coisa empenhada, feita pelo credor ou por ele autorizada. Anote-se que o dispositivo menciona a *remissão* (perdão), o que está errado tecnicamente. Por isso, o PL 699/2011 pretende alterar o texto para *remição*.

Em todos os casos, produz efeitos a extinção do penhor depois de averbado o cancelamento do registro (em regra no Cartório de Títulos e Documentos), à vista da respectiva prova (art. 1.437 do CC). Como anota Maria Helena Diniz, "Enquanto não for cancelado o registro do penhor, ele terá

eficácia *erga omnes*”.[159]

7.9.3 Da hipoteca

A hipoteca é o direito real de garantia sobre coisa alheia com maior repercussão prática, recaindo sobre bens imóveis (em regra) e não havendo a transmissão da posse da coisa entre as partes. São partes da hipoteca:

a) Devedor hipotecante – aquele que dá a coisa em garantia, podendo ser o próprio devedor ou terceiro.

b) Credor hipotecário – tem o benefício do crédito e do direito real.

Por razões óbvias, a hipoteca deve ser registrada no Cartório de Registro de Imóveis do local do imóvel, ou no de cada um deles, se o título se referir a mais de um bem (art. 1.492 do CC e art. 167, I, n. 2, da Lei 6.015/1973). Como leciona Maria Helena Diniz, “só com o registro da hipoteca no Livro n. 2 ter-se-á a publicidade do ato e a fixação da data do nascimento do direito real, com eficácia e*rga omnes*, estabelecendo o direito de sequela e a ordem de preferência. Daí a célebre frase de Lacerda de Almeida: ‘Hipoteca não registrada é hipoteca não existente’”.[160] Consigne-se que há ainda a possibilidade de um registro especial, como se verá.

Os registros e averbações seguirão a ordem em que forem requeridas (*princípio da anterioridade ou prioridade registral*), verificando-se ela pela da sua numeração sucessiva no protocolo de registro no Livro n. 1 (art. 1.493, *caput*, do CC). O número de ordem determina a prioridade, e esta a preferência entre as hipotecas (art. 1.493, parágrafo único, do CC).

Para manter tais direitos, enuncia o art. 1.494 do CC que não devem ser registradas no mesmo dia duas hipotecas, ou uma hipoteca e outro direito real, sobre o mesmo imóvel, em favor de pessoas diversas. Isso, salvo se as escrituras, do mesmo dia, indicarem a hora em que foram lavradas.

Se for apresentada ao oficial do registro uma segunda hipoteca, antes do registro da primeira, deve ele sobrestar a inscrição da hipoteca nova, apenas prenotando-a. O prazo de aguardo da inscrição da anterior é de 30 dias. Esgotado o prazo, sem que se requeira a inscrição desta, a hipoteca ulterior será registrada e obterá preferência (art. 1.495 do CC).

Em havendo dúvida sobre a legalidade do registro da hipoteca requerido, o oficial fará, ainda assim, a prenotação do pedido, informando o requerente sobre o problema ou a dúvida. Se a controvérsia registral, dentro em 90 dias, for julgada improcedente em demanda judicial, o registro efetuar-se-á com o mesmo número que teria na data da prenotação. Em caso contrário, cancelada a prenotação, receberá o registro o número correspondente à data em que se tornar a requerer (art.

1.496 do CC).

Por fim, no que tange ao registro, esse terá validade e eficácia enquanto a obrigação principal perdurar (art. 1.498 do CC). Fica claro o caráter acessório da hipoteca, que não pode existir por si só. De acordo com a segunda parte da norma, a especialização da hipoteca, em completando 20 anos, deve ser renovada. Entende-se que o último preceito somente se aplica à *hipoteca legal*, que não tem prazo máximo, eis que perdura enquanto vigente a situação descrita em lei. Em relação à hipoteca convencional, como se verá, o seu prazo máximo é de 30 anos (art. 1.485 do CC).[161]

Superado o estudo das questões primordiais a respeito do registro da hipoteca, de acordo com o art. 1.473 do CC, podem ser objeto desse direito real de garantia:

I) Os bens imóveis e os acessórios dos imóveis conjuntamente com eles, caso dos frutos, das benfeitorias e das pertenças que estão incorporados ao principal. A hipoteca recai sobre o todo, o que é aplicação do *princípio da gravitação jurídica*. Nesse sentido, prescreve o art. 1.474 do CC que a hipoteca abrange todas as acessões (incorporações), melhoramentos ou construções do imóvel. Subsistem os ônus reais constituídos e registrados, anteriormente à hipoteca, sobre o mesmo imóvel.

II) O domínio direto, caso do antigo direito do senhorio na enfiteuse, instituto que foi parcialmente banido pelo art. 2.038 do CC/2002. Há interesse apenas quanto às enfiteuses anteriores, que continuam tendo validade e eficácia.

III) O domínio útil, como ocorre em relação ao direito do usufrutuário, que pode ser hipotecado.

IV) As estradas de ferro, devendo as hipotecas incidentes ser registradas no Município da estação inicial da respectiva linha (art 1.502 do CC). Os credores hipotecários não podem embaraçar a exploração da linha, nem contrariar as modificações, que a administração deliberar, no leito da estrada, em suas dependências, ou no seu material (art. 1.503 do CC). A hipoteca será circunscrita à linha ou às linhas especificadas na escritura e ao respectivo material de exploração, no estado em que ao tempo da execução estiverem. Porém, os credores hipotecários podem opor-se à venda da estrada, à de suas linhas, de seus ramais ou de parte considerável do material de exploração. Igualmente podem se opor à fusão com outra empresa, sempre que com isso a garantia do débito enfraquecer (art. 1.504). Na execução da hipoteca de linhas férreas será intimado o representante da União ou do Estado, para, dentro em 15 dias, remir a estrada de ferro hipotecada, pagando o preço da arrematação ou da adjudicação (art. 1.505 do CC).

V) As jazidas, minas e demais recursos minerais, os potenciais de energia hidráulica e os monumentos arqueológicos (art. 1.230 CC), independentemente do solo onde se acham.

VI) Os navios, que constituem bens móveis especiais ou *sui generis*, eis que podem ser hipotecados. A hipoteca dos navios é regulada pela Lei 7.652/1988 e pelo Decreto 2.256/1997. Nos termos do art. 12 da primeira norma, o registro de direitos reais e de outros ônus que gravem embarcações brasileiras deverá ser feito no Tribunal Marítimo, sob pena de não valer contra terceiros.

VII) As aeronaves, do mesmo modo móveis especiais, diante da hipoteca que lhe pode recair. A hipoteca das aeronaves é regulamentada pela Lei 7.565/1986, que preconiza no seu art. 141 que o direito real em questão será constituído pela inscrição do contrato no Registro Aeronáutico Brasileiro e com a averbação no respectivo certificado de matrícula.

VIII) O direito de uso especial para fins de moradia, o que foi incluído pela Lei 11.481/2007 que passou a admitir tal direito real de gozo ou fruição.

IX) O direito real de uso, igualmente incluído pela Lei 11.481/2007.

X) A propriedade superficiária, também incluído pela Lei 11.481/2007. Por razões óbvias, tal direito real de garantia somente persiste enquanto viger a superfície, no caso de negócio temporário (§ 2.º do art. 1.473).

Preceito que tem relação direta com a própria função negocial da hipoteca é o art. 1.475 do CC, segundo o qual é nula a cláusula que proíbe ao proprietário alienar imóvel hipotecado (*cláusula de*

inalienabilidade). A hipótese é de *nulidade textual*, pois a norma prevê expressamente que a cláusula é nula (art. 166, VII, primeira parte, do CC). Conforme já pronunciou o STJ, "o art. 1.475 do diploma civil vigente considera nula a cláusula que veda a alienação do imóvel hipotecado, admitindo, entretanto, que a referida transmissão importe no vencimento antecipado da dívida. Dispensa-se, assim, a anuência do credor para alienação do imóvel hipotecado em enunciação explícita de um princípio fundamental dos direitos reais" (STJ, AgRg no REsp 838.127/DF, Rel. Min. Luiz Fux, 1.ª Turma, j. 17.02.2009, *DJe* 30.03.2009). Não se olvide que sendo vendido ou doado o bem principal a hipoteca o acompanha, como decorrência lógica da sequela do direito real. Em complemento, conforme consta do julgado, é permitido que as partes convencionem que vencerá antecipadamente o crédito hipotecário, se o imóvel for alienado (art. 1.475, parágrafo único, do CC).

Admite-se, no Direito Civil Brasileiro, a *sub-hipoteca*, prevendo o art. 1.476 do CC que o dono do imóvel hipotecado pode constituir outra hipoteca sobre ele, mediante novo título, em favor do mesmo ou de outro credor. Conforme outrora se destacou, o credor da primeira hipoteca tem prioridade e preferência. Nessa linha, determina o art. 1.477 do CC que salvo o caso de insolvência do devedor, o credor da segunda hipoteca, embora vencida, não poderá executar o imóvel antes de vencida a primeira. Não se considera insolvente o devedor por faltar ao pagamento das obrigações garantidas por hipotecas posteriores à primeira.

Ainda nas hipóteses de sub-hipoteca, se o devedor da obrigação garantida pela primeira hipoteca não se oferecer, no vencimento, para pagá-la, o *credor da segunda* pode promover-lhe a extinção, *consignando em juízo* a importância e citando o primeiro credor para recebê-la e o devedor para pagá-la (art. 1.478 do CC). Se o devedor não pagar a dívida, o segundo credor, efetuando o pagamento em juízo nos autos da ação de consignação em pagamento, se sub-rogará nos direitos da hipoteca anterior, sem prejuízo dos que lhe competirem contra o devedor comum. Ocorre, assim, o *remição* ou resgate da hipoteca pelo pagamento. Se o primeiro credor estiver promovendo a execução da hipoteca, o credor da segunda depositará a importância do débito e as despesas judiciais mais uma vez nos autos da ação de consignação em pagamento por ele proposta.

Ato contínuo de estudo, o adquirente do imóvel hipotecado, desde que não se tenha obrigado pessoalmente a pagar as dívidas aos credores hipotecários, poderá exonerar-se da hipoteca, abandonando-lhes o imóvel (art. 1.479 do CC). Em situações tais, o adquirente do imóvel notificará o vendedor e os credores hipotecários, deferindo-lhes, conjuntamente, a posse do imóvel, ou o depositará em juízo. Poderá o adquirente exercer a faculdade de abandonar o imóvel hipotecado, até as 24 horas subsequentes à citação, com o que se inicia o procedimento executivo (art. 1.480, parágrafo único, do CC).

Três hipóteses especiais de *remição* ou *resgate* da hipoteca merecem estudo.

Primeiro, a *remição da hipoteca pelo adquirente do imóvel* está tratada com detalhes pelo art.

1.481 do CC. De acordo com a norma, dentro em 30 dias, contados do registro do título aquisitivo, tem o adquirente do imóvel hipotecado o direito de remi-lo, citando os credores hipotecários e propondo importância não inferior ao preço por que o adquiriu. Mais uma vez, a ação a ser proposta é a *de consignação em pagamento*, visando a liberar o direito real que recai sobre o bem. Vejamos com detalhes os procedimentos previstos nos parágrafos da norma:

– 1.º – Se o credor impugnar o preço da aquisição ou a importância oferecida, será realizada uma licitação, efetuando-se a venda judicial a quem oferecer maior preço, assegurada preferência ao adquirente do imóvel.

– 2.º – Não sendo impugnado pelo credor o preço da aquisição ou o preço proposto pelo adquirente, haver-se-á por definitivamente fixado para a *remissão* do imóvel, que ficará livre de hipoteca, uma vez pago ou depositado o preço. Atente-se que não se trata de *remissão* (*perdão*), como está escrito no comando legal, mas de *remição* (*resgate*), havendo mais um sério equívoco do legislador.

– 3.º – Se o adquirente deixar de remir o imóvel, sujeitando-o à execução da hipoteca, ficará obrigado a ressarcir os credores hipotecários da desvalorização que, por sua culpa, o mesmo vier a sofrer, além das despesas judiciais da execução.

– 4.º – Disporá de ação regressiva contra o vendedor o adquirente que ficar privado do imóvel em consequência de licitação ou penhora. Do mesmo modo, terão ação regressiva aquele que pagar a hipoteca e o adquirente que, por causa de adjudicação ou licitação, desembolsar com o pagamento da hipoteca importância excedente à da compra. Por fim, tem o mesmo direito o adquirente que suportar custas e despesas judiciais em decorrência da operação.

Segundo, admite-se o *resgate ou remição da hipoteca pelo próprio devedor ou por seus familiares*. Conforme o art. 1.482 do CC, realizada a praça do imóvel, o executado poderá, até a assinatura do auto de arrematação ou até que seja publicada a sentença de adjudicação, remir o imóvel hipotecado, oferecendo preço igual ao da avaliação, se não tiver havido licitantes, ou ao do maior lance oferecido. Igual direito caberá ao cônjuge, aos descendentes ou ascendentes do executado. Pela proteção constitucional da união estável (art. 226, § 3.º, da CF/1988), tal direito, por óbvio, deve ser estendido ao companheiro.

Surge polêmica a respeito da persistência dessa remição, diante de alterações efetuadas no Código de Processo Civil por força da Lei 11.382/2006. Isso porque o art. 787 do Estatuto Processual que tratava justamente dessa hipótese foi revogado pela última norma, que visou à reforma do sistema processual brasileiro. Podem ser encontrados julgados que concluem pela revogação tática também do art. 1.482 do Código Civil, tendo a remição sido substituída pela adjudicação, com direito de preferência a favor dos parentes (art. 685-A do CPC). A título de exemplo: TJRS, Agravo de Instrumento 0117337-90.2011.8.13.0000, Rel. Des. Luiz Carlos Gomes da Mata, j. 09.06.2011; TJSC, Agravo de Instrumento 2011.081072-8, Lages, 2.ª Câmara de Direito Comercial, Rel. Juiz Robson Luz Varella, j. 15.05.2012, *DJSC* 24.05.2012, p. 276 e TJMG, Apelação Cível 0041551-61.2011.8.13.0672, Sete Lagoas, 12.ª Câmara Cível, Rel. Des. Nilo Lacerda, j. 29.02.2012, *DJEMG* 12.03.2012.

A este autor não parece ser esta a melhor interpretação, pois o Código Civil ainda vige,

propiciando que a remição seja feita tanto pelo devedor como pelos seus familiares. Aprofunde-se que a norma da codificação privada tem natureza processual, podendo perfeitamente substituir a regra que foi revogada no Estatuto Processual. Concluindo ainda pela possibilidade de subsunção do art. 1.482 do CC/2002, da jurisprudência paulista: "Agravo de instrumento. Execução. Arrematação e adjudicação pelo exequente. Reconhecido o direito de remição a descendente do executado, único pretendente, observados, assim, os termos dos artigos 1.482 do Código Civil cumulado com artigo 685-A, §§ 2.º e 3.º do Código de Processo Civil. Afastada a determinação judicial da licitação. Decisão do Juízo *a quo* reformada. Agravo provido (Voto 8017)" (TJSP, Agravo de Instrumento 7274103-4, Acórdão 3308870, Mirassol, 19.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Sampaio Pontes, j. 13.10.2008, *DJESP* 03.11.2008).

Francisco Eduardo Loureiro igualmente entende pela aplicação do art. 1.482, ao lecionar que, "embora controverso o tema, possível defender que persista ainda, regulada pelo artigo em estudo a remição da hipoteca, instituto de nítida natureza material, que tem o objetivo não somente extinguir a execução, mas liberar o patrimônio do ônus real. Nas execuções de crédito quirografário, o regime é o do CPC, de modo que a remição é facultada apenas ao devedor, devendo seus parentes utilizarem-se da adjudicação. Já nas execuções hipotecárias ainda se admite a remição da hipoteca não somente pelo devedor, mas também pelos seus parentes".[162] O entendimento é doutrinário e vale para os julgamentos em que o citado autor é relator no Tribunal de Justiça de São Paulo.

Terceiro, há a *remição da hipoteca no caso de falência ou insolvência do devedor hipotecário*. Tal direito defere-se à massa, ou aos credores em concurso, não podendo o credor recusar o preço da avaliação do imóvel (art. 1.483, *caput*, do CC). Em casos tais, pode o credor hipotecário, para pagamento de seu crédito, requerer a adjudicação do imóvel avaliado em quantia inferior àquele, desde que dê quitação pela sua totalidade (art. 1.483, parágrafo único, do CC).

Em todas as três hipóteses mencionadas de remição, é lícito aos interessados fazer constar das escrituras de instituição da hipoteca o valor entre si ajustado dos imóveis hipotecados, o qual, devidamente atualizado, será a base para as arrematações, adjudicações e remições, dispensada a avaliação (art. 1.484 do CC).

A *perempção da hipoteca convencional* está tratada pelo art. 1.485 do CC, sendo essa a sua extinção por decurso de prazo máximo de 30 anos, a contar da data da instituição por negócio jurídico. A norma dispõe que a prorrogação máxima se dá mediante simples averbação, requerida por ambas as partes. Anote-se que a Lei 10.931/2004 elevou o prazo que era de 20 anos, retornando ao modelo que constava do CC/1916. Prevê ainda o dispositivo vigente que desde que perfaça esse prazo, só poderá subsistir o contrato de hipoteca reconstituindo-se por novo título e novo registro. Em situações tais, será mantida a precedência da hipoteca. Conforme antes se estudou, *não se pode confundir a perempção com a preempção*, sendo a última o reconhecimento de um direito de preferência, como ocorre a favor do condômino no caso de venda da coisa comum (art. 504 do CC).

Aplicando o art. 1.485 do CC, para ilustrar, decisão recente:

> “Ação de execução por quantia certa contra devedor solvente. Penhora de bem com ônus hipotecário. Hipoteca datada de 20.12.1976. Pedido de baixa da hipoteca, pelo decurso do prazo previsto no art. 1.485 do Código Civil. Possibilidade. Agravo provido” (TJSP, Agravo de Instrumento 990.10.221853-8, Acórdão 4634062, São Caetano do Sul, 12.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Jacob Valente, j. 04.08.2010, *DJESP* 30.08.2010).

Da jurisprudência, é correta a conclusão pela qual, sendo a hipoteca fixada sem prazo determinado, deve ser aplicado o prazo do art. 1.485 do CC e o *princípio da conservação dos negócios*:

> “Direito civil. Hipoteca. Estipulação a prazo incerto. Validade. Relação continuativa. Ausência momentânea de crédito. Irrelevância. I – A hipoteca pode ser estipulada a termo incerto se constituída em garantia de dívida a prazo indeterminado. A ausência de previsão de prazo certo para sua vigência não a invalida, operando-se, *pleno jure*, a sua extinção, no caso de atingido o prazo legal máximo de 30 anos previsto nos arts. 817 do Código Civil de 1916 e 1.485 do Código Civil de 2002, se antes não a convencionarem as partes. II – Tendo a hipoteca sido dada a fim de garantir todas as dívidas que vierem a ser originadas de relação continuativa havida entre as partes, a inexistência momentânea de crédito não é causa de sua extinção” (TJMG, Apelação Cível 1.0249.07.000953-8/0011, Eugenópolis, 13.ª Câmara Cível, Rel. Des. Adilson Lamunier, j. 14.08.2008, *DJEMG* 15.09.2008).

Admite-se a instituição convencional de hipoteca para *dívida futura* ou *condicional* (que depende de evento futuro e incerto). Isso somente é possível, nos termos do art. 1.487 do CC, se determinado o valor máximo do crédito a ser garantido. A execução da hipoteca dependerá de prévia e expressa concordância do devedor quanto à verificação da condição, ou ao montante da dívida (§ 1.º). Havendo divergência entre o credor e o devedor, caberá àquele fazer prova de seu crédito. Reconhecido este, o devedor responderá, inclusive, por perdas e danos, em razão da superveniente desvalorização do imóvel (§ 2.º).

A encerrar o estudo das regras básicas da hipoteca, o art. 1.488 do CC introduziu como novidade a possibilidade de *fracionamento da hipoteca* se o imóvel dado em garantia for loteado, desmembrado ou dividido, o que quebra com a antiga máxima pela qual a hipoteca seria um bem indivisível. É a sua redação:

> “Art. 1.488. Se o imóvel, dado em garantia hipotecária, vier a ser loteado, ou se nele se constituir condomínio edilício, poderá o ônus ser dividido, gravando cada lote ou unidade autônoma, se o requererem ao juiz o credor, o devedor ou os donos, obedecida a proporção entre o valor de cada um deles e o crédito.
>
> § 1.º O credor só poderá se opor ao pedido de desmembramento do ônus, provando que o mesmo importa em diminuição de sua garantia.
>
> § 2.º Salvo convenção em contrário, todas as despesas judiciais ou extrajudiciais necessárias ao desmembramento do ônus correm por conta de quem o requerer.
>
> § 3.º O desmembramento do ônus não exonera o devedor originário da responsabilidade a que se refere o art. 1.430, salvo

anuência do credor".

Decisão do Superior Tribunal de Justiça considerou a possibilidade de aplicar a inovação a negócios constituídos na vigência do CC/1916. Isso porque o dispositivo está no *plano da eficácia*, devendo incidir a norma no momento da produção dos efeitos, na esteira do que consta do art. 2.035, *caput*, do CC/2002. O julgado ainda cita o princípio da função social dos contratos como fundamento para a conclusão. Vejamos a ementa:

> "Recurso especial. Antecipação de tutela. Impugnação exclusivamente aos dispositivos de direito material. Possibilidade. Fracionamento de hipoteca. Art. 1.488 do CC/2002. Aplicabilidade aos contratos em curso. Inteligência do art. 2.035 do CC/2002 – Aplicação do princípio da função social dos contratos. Se não há ofensa direta à legislação processual na decisão do Tribunal que revoga tutela antecipadamente concedida pelo Juízo de Primeiro Grau, é possível a interposição de Recurso Especial mencionando exclusivamente a violação dos dispositivos de direito material que deram fundamento à decisão. O art. 1.488 do CC/2002, que regula a possibilidade de fracionamento de hipoteca, consubstancia uma das hipóteses de materialização do princípio da função social dos contratos, aplicando-se, portanto, imediatamente às relações jurídicas em curso, nos termos do art. 2.035 do CC/2002. Não cabe aplicar a multa do art. 538, parágrafo único, do CPC, nas hipóteses em que há omissão no acórdão recorrido, ainda que tal omissão não implique a nulidade do aresto. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido" (STJ, REsp 691.738/SC, 3.ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 12.05.2005, *DJ* 26.09.2005, p. 372).

O julgado é louvável por reconhecer a constitucionalidade do art. 2.035 do CC, não havendo qualquer lesão à proteção do direito adquirido e do ato jurídico perfeito em sua redação, eis que as normas relativas aos efeitos negociais devem ter aplicação imediata. Todavia, a ementa da decisão pode ser criticada por dois pontos. O primeiro aspecto é que a hipoteca não constitui um contrato, no sentido jurídico do termo, pois se trata de um direito real de garantia (art. 1.225, IX, do CC de 2002). O segundo ponto de crítica é que o fracionamento da hipoteca está no plano da eficácia desse negócio jurídico. Assim, é com base no art. 2.035, *caput*, do atual Código que o fracionamento pode ocorrer, mesmo que o negócio tenha sido celebrado na vigência da lei anterior. A questão, portanto, não está relacionada com a validade do negócio, como faz crer a ementa, muito menos à função social do contrato, tratada pelo parágrafo único do art. 2.035.

Superada a abordagem dos efeitos concretos da hipoteca, vejamos a classificação exposta pela doutrina contemporânea, levando-se em conta a origem da hipoteca:[163]

I) *Hipoteca convencional* – criada pela autonomia privada, ou por convenção das partes, conforme preceitos e regras até o presente momento estudadas.

II) *Hipoteca Legal* – decorre da norma jurídica, nas hipóteses do art. 1.489 do CC, a favor das seguintes pessoas: *a)* às pessoa de direito público interno (art. 41 do CC) sobre os imóveis pertencentes aos encarregados da cobrança, guarda ou administração dos respectivos fundos e rendas; *b)* aos filhos, sobre os imóveis do pai ou da mãe que passar a outras núpcias, antes de fazer o inventário do casal anterior (art. 1.523, II, do CC), hipótese de causa suspensiva do casamento; *c)* ao ofendido, ou aos seus herdeiros, sobre os imóveis do delinquente, para satisfação do dano causado pelo delito e pagamento das despesas judiciais; *d)* ao coerdeiro, para garantia do seu quinhão ou torna da partilha, sobre o imóvel adjudicado ao herdeiro reponente; *e)* ao credor sobre o imóvel arrematado, para garantia do pagamento do restante do

preço da arrematação. O credor da hipoteca legal, ou quem o represente, poderá, provando a insuficiência dos imóveis especializados, exigir do devedor que seja reforçado com outros (art. 1.490 do CC). A hipoteca legal pode ser substituída por caução de títulos da dívida pública federal ou estadual, recebidos pelo valor de sua cotação mínima no ano corrente; ou por outra garantia, a critério do juiz, a requerimento do devedor (art. 1.491). As hipotecas legais, de qualquer natureza, deverão ser registradas e especializadas (art. 1.497 do CC). O registro e a especialização das hipotecas legais incumbem a quem está obrigado a prestar a garantia, mas os interessados podem promover a inscrição delas, ou solicitar ao Ministério Público que o faça (art. 1.497, § 1.º, do CC). As pessoas, às quais incumbir o registro e a especialização das hipotecas legais, estão sujeitas a perdas e danos pela omissão (art. 1.497, § 2.º, do CC). Não se pode esquecer que não há prazo máximo para a hipoteca legal, exigindo-se apenas que a especialização seja renovada a cada 20 anos (art. 1.498 do CC).

III) *Hipoteca cedular* – Na linha do art. 1.486 do CC, podem o credor e o devedor, no ato constitutivo da hipoteca, autorizar a emissão da correspondente cédula hipotecária, na forma e para os fins previstos em lei especial. Conforme apontam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, "Nas leis específicas, a constituição da hipoteca independe de contrato solene e específico, pois, na própria cédula, são inseridos o acordo de criação e reconhecimento da dívida pelo devedor-emitente, e a constituição da hipoteca. Especializando-se os bens dados em garantia, com registro da cédula no ofício imobiliário. O credor da cédula dispõe de segurança, em razão do vínculo real que resulta do registro da cédula no cartório imobiliário".[164] Como exemplo retirado da legislação especial pode ser citada a cédula rural hipotecária, tratada pelo Decreto-lei 167/1967.

IV) *Hipoteca judicial* – Está tratada pelo art. 466 do CPC, segundo o qual "a sentença que condenar o réu no pagamento de uma prestação, consistente em dinheiro ou em coisa, valerá como título constitutivo de hipoteca judiciária, cuja inscrição será ordenada pelo juiz na forma prescrita na Lei de Registros Públicos". Ainda nos termos do Estatuto Processual, a sentença condenatória produz a hipoteca judiciária: *a)* embora a condenação seja genérica; *b)* pendente arresto de bens do devedor; *c)* ainda quando o credor possa promover a execução provisória da sentença.

Por derradeiro, o Código Privado trata da extinção da hipoteca, nas seguintes situações descritas pelo art. 1.499 do CC:

I) Pela extinção da obrigação principal, pois se repise que a hipoteca não pode existir sozinha, diante do seu caráter acessório

II) Pelo perecimento da coisa, o que gera a perda de sua finalidade.

III) Pela resolução da propriedade do bem hipotecado.

IV) Pela renúncia do credor.

V) Pela remição ou resgate conforme estudado.

VI) Pela arrematação ou adjudicação do bem hipotecado.

Extingue-se ainda a hipoteca com a averbação, no Registro de Imóveis, do cancelamento do registro, à vista da respectiva prova (art. 1.500 do CC). Com o cancelamento registral, o direito real deixa de ter efeitos *erga omnes*. Porém, não extinguirá a hipoteca, devidamente registrada, a arrematação ou adjudicação, sem que tenham sido notificados judicialmente os respectivos credores hipotecários, que não forem de qualquer modo partes na ação de execução hipotecária (art. 1.501). A norma tem sua razão de ser, pela clara interação com o princípio da boa-fé objetiva.

7.9.4 Da anticrese

A anticrese é um direito real de garantia pouco usual no Brasil, sendo certo que houve propostas de sua retirada quando da elaboração do CC/2002.[165] De fato, o instituto continua não tendo concreção na vigência da atual codificação, relevando-se uma categoria inútil e sem qualquer incidência prática.

Por meio desse direito real de garantia, um imóvel é dado em garantia e transmitido do devedor, ou por terceiro, ao credor, podendo o último retirar da coisa os frutos para o pagamento da dívida. Como se percebe, a anticrese está *no meio do caminho* entre o penhor e hipoteca, tendo características de ambos. Com a hipoteca tem em comum o fato de recair sobre imóveis, como é corriqueiro. Do penhor, há a similaridade em relação à transmissão da posse. De diferente, a retirada dos frutos do bem. São partes da anticrese:

a) Devedor anticrético – aquele que dá o imóvel em garantia, transferindo a sua posse ao credor.
b) Credor anticrético – recebe o imóvel em garantia, ficando com a sua posse.

Essa estrutura da anticrese fica clara pelo art. 1.506 do CC, segundo o qual pode o devedor ou outrem por ele, com a entrega do imóvel ao credor, ceder-lhe o direito de perceber, em compensação da dívida, os frutos e rendimentos. A lei permite estipular que os frutos e rendimentos do imóvel sejam percebidos pelo credor à conta de juros. Contudo, se o seu valor ultrapassar a taxa máxima permitida em lei para as operações financeiras, o remanescente será imputado ao capital (art. 1.506, § 1.º, do CC).

Deve ficar claro que o imóvel dado em anticrese pode ser hipotecado pelo devedor ao credor anticrético, ou a terceiros, assim como o imóvel hipotecado poderá ser dado em anticrese (art. 1.506, § 2.º, do CC). Isso é perfeitamente possível uma vez que o imóvel pode ser objeto de várias hipotecas, não havendo qualquer problema em conjugar os direitos reais de garantia sobre ele.

Insta comentar o início da última norma que tem a seguinte redação, com destaque: "*Quando a anticrese recair sobre bem imóvel*, este poderá ser hipotecado pelo devedor ao credor anticrético, ou a terceiros, assim como o imóvel hipotecado poderá ser dado em anticrese". Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, o legislador deixou em aberto a possibilidade de o instituto recair sobre bens móveis, como situação de *anticrese atípica*.[166] Com o devido respeito, não se pode interpretar literalmente o preceito. Pela própria estrutura da categoria, tal direito real somente recai sobre bens imóveis, tendo sido infeliz o legislador na sua dicção.

A gerar o grande problema prático da anticrese, dispõe o art. 1.507 do CC que o credor anticrético pode administrar o imóvel dado em anticrese e fruir seus frutos e utilidades. Para tanto, deverá o credor administrador apresentar balanço anual, exato e fiel, de sua administração. Se o devedor anticrético não concordar com o que se contém no balanço, por ser inexato, ou ruinosa a

administração, poderá impugná-lo, e, se o quiser, requerer a transformação em arrendamento, fixando o juiz o valor mensal do aluguel, o qual poderá ser corrigido anualmente (§ 1.º). O credor anticrético pode, salvo pacto em sentido contrário, arrendar os bens dados em anticrese a terceiro, mantendo, até ser pago, direito de retenção do imóvel, embora o aluguel desse arrendamento não seja vinculativo para o devedor (§ 2.º).

Também a acarretar problemas práticos, enuncia o CC/2002 que o credor anticrético responde pelas deteriorações que, por culpa sua, o imóvel vier a sofrer, e pelos frutos e rendimentos que, por sua negligência, deixar de perceber (art. 1.508). Os problemas existem uma vez que, na prática, as relações entre as partes já não são favoráveis em sua origem, podendo a norma servir para *atos de chicana* ou de emulação entre elas.

O credor anticrético pode vindicar os seus direitos contra o adquirente dos bens, os credores quirografários e os hipotecários posteriores ao registro da anticrese, o que ressalta o caráter real do instituto (art. 1.509, *caput*, do CC). Se o credor anticrético executar os bens por falta de pagamento da dívida, ou permitir que outro credor o execute, sem opor o seu direito de retenção ao exequente, não terá preferência sobre o preço (art. 1.509, § 1.º, do CC). Além disso, a norma consagra que o credor anticrético não terá preferência sobre a indenização do seguro, quando o prédio seja destruído, nem, se forem desapropriados os bens, com relação à desapropriação, o que limita os seus direitos (art. 1.509, § 2.º, do CC).

Por fim, como inovação, admite-se a *remição* ou resgate da anticrese pelo adquirente do imóvel dado em anticrese, antes do vencimento da dívida. Isso é possível se o adquirente pagar a totalidade da dívida à data do pedido de remição, imitindo-se na posse do bem (art. 1.510 do CC).

7.9.5 Da alienação fiduciária em garantia

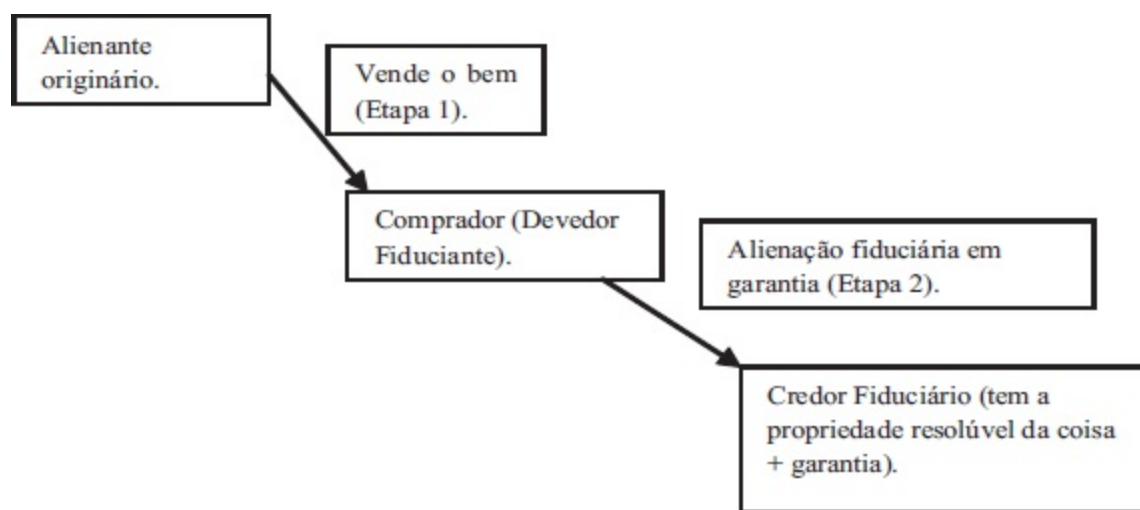
A alienação fiduciária em garantia constitui um direito real de garantia sobre coisa própria com tratamento no CC/2002 (arts. 1.361 a 1.368-B, que dispõem sobre a propriedade fiduciária de bens móveis infungíveis, em termos gerais), no Decreto-lei 911/1969 (que trata especificamente da alienação fiduciária em garantia sobre bens móveis) e na Lei 9.514/1997 (alienação fiduciária em garantia sobre bens imóveis). A compreensão do instituto passa por uma interação necessária entre os citados comandos legais, a par da ideia de *diálogo das fontes*. A respeito dessa integração legislativa, é claro o art. 1.368-A do CC, incluído pela Lei 10.931/2004, ao prever que as demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária não previstas pela codificação submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais. Enuncia ainda o comando que somente se aplicam as disposições do CC/2002 naquilo que não for incompatível com a legislação especial. Em suma, a codificação privada tem caráter subsidiário em relação à tipologia do instituto.

Deve ficar claro, de início, que a alienação fiduciária em garantia não constitui um *contrato*, no

sentido categórico e jurídico do termo, eis que o instituto se situa dentro do Direito das Coisas. É verdade que, no geral, a alienação fiduciária é instituída por *contrato*, no sentido de negócio ou instrumento negocial.

O art. 22 da Lei 9.514/1997 é o que melhor conceitua e explica a categoria, prevendo que a alienação fiduciária em garantia é "o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel". Em sentido muito próximo, dispõe o art. 1.º do Decreto-lei 911/1969 que "a alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal".

Nos termos da atual codificação privada, pode-se afirmar que o conteúdo da alienação em questão é a *propriedade fiduciária*, em que há uma *propriedade resolúvel* a favor do credor fiduciário, de um bem que o devedor fiduciante, em intuito de garantia transmitiu ao credor (art. 1.361 do CC). De toda sorte, não se pode esquecer que a posse direta do bem fica com o devedor fiduciante, tendo o credor fiduciário a mera posse indireta, que decorre do exercício do direito dominial.

Conforme exposto na obra específica escrita em coautoria com José Fernando Simão, fica nítido que o devedor fiduciante aliena o bem adquirido a um terceiro, o credor fiduciário, que paga o preço ao alienante originário da coisa. O credor fiduciário é o proprietário da coisa, tendo, ainda, um direito real de garantia sobre o bem que lhe é próprio. Com o pagamento de todos os valores devidos, o fiduciante adquire a propriedade, o que traz a conclusão pela qual a propriedade do credor é resolúvel. O esquema a seguir dividido em etapas sucessivas demonstra o conteúdo da categoria:

Repise-se que a relação negocial é assim, pois o credor fiduciário paga o preço diretamente ao

alienante originário, o que justifica a alienação fiduciária a seu favor. Deve ainda ficar claro: a posse direta do bem móvel ou imóvel é mantida com o devedor fiduciante.

Demonstrado como funciona a alienação fiduciária, o que é de difícil visualização, vejamos o estudo dos pontos principais da alienação fiduciária de bens móveis e imóveis.

a) Da alienação fiduciária em garantia de bens móveis (arts. 1.361 a 1.368-B do CC e Decreto-lei 911/1969).

A atual codificação privada, como novidade, passou a tratar da alienação fiduciária de bens móveis infungíveis, repetindo regras e preceitos que já constavam do art. 66 da Lei 4.728/1965 e do Decreto-lei 911/1969. Na prática, o que muito se viu e ainda se vê é a alienação fiduciária em garantia de veículos, que são considerados, notadamente para fins contratuais, bens infungíveis, diante do número de chassi que os identifica.

De início, o § 1.º do art. 1.361 do CC determina que se constitui a propriedade fiduciária com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro. Em certo sentido, essa já era a previsão do art. 1.º do Decreto-lei 911/1969.

Nos termos do art. 1.362 do CC e do mesmo art. 1.º do Decreto-lei 911/1969, o contrato – no sentido de instrumento –, que serve de título à propriedade fiduciária, deve conter os seguintes requisitos:

I) O total da dívida, ou sua estimativa, se ela for determinável.

II) O prazo, ou a época do pagamento, o que é comum, pois geralmente se vê a alienação fiduciária em garantia utilizada com financiamento para aquisição de bens.

III) A taxa de juros, se houver (geralmente há).

IV) A descrição da coisa objeto da transferência, com os elementos indispensáveis à sua identificação.

Antes de vencida a dívida, o devedor, a suas expensas e risco, pode usar a coisa segundo sua destinação, sendo obrigado, como depositário: *a)* a empregar na guarda da coisa a diligência exigida por sua natureza; *b)* a entregá-la ao credor, se a dívida não for paga no vencimento (art. 1.363 do CC). O tratamento do devedor como depositário já constava do Decreto-lei. Todavia, não se pode esquecer que o Supremo Tribunal Federal baniu do sistema a possibilidade de prisão civil do depositário infiel, diante da *força supralegal* da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Foi editada pelo Excelso Pretório a Súmula Vinculante 25, com o seguinte teor: "É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito". Fez o mesmo o STJ com a Súmula 419, *in verbis*: "Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel". A conclusão vale para qualquer modalidade de depósito, o que inclui o depósito

impróprio que decorre da alienação fiduciária.

De qualquer modo, havendo inadimplemento por parte do devedor, o credor tem a possibilidade de vender judicial ou extrajudicialmente a coisa a terceiros, a aplicar o preço no pagamento de seu crédito e das despesas de cobrança, e a entregar o saldo, se houver, ao devedor (art. 1.364 do CC). Essa adjudicação já constava do art. 2.º do Decreto-lei 911/1969, recentemente alterado pela Lei 13.043/2014, segundo o qual, "No caso de inadimplemento ou mora nas obrigações contratuais garantidas mediante alienação fiduciária, o proprietário fiduciário ou credor poderá vender a coisa a terceiros, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato, devendo aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e entregar ao devedor o saldo apurado, se houver, com a devida prestação de contas". Anote-se que citada Lei 13.043, de novembro de 2014, acrescentou a necessidade de prestação de contas por parte do credor, o que vem em boa hora, em prol da boa-fé. Também foi incluída a aplicação dessas regras relativas à venda extrajudicial para os casos de *leasing* ou arrendamento mercantil, conforme o novo § 4.º do art. 2.º do Decreto-lei 911/1969.

Enuncia o § 2.º do art. 2.º do Decreto, também alterado pela Lei 13.043/2014, que a mora decorre do simples vencimento do prazo para pagamento, e poderá ser comprovada por carta registrada, com aviso de recebimento, não se exigindo que a assinatura constante do referido aviso seja a do próprio destinatário. Houve, também, uma mudança estrutural no preceito, pois a constituição em mora era realizada por meio de Cartório de Títulos e Documentos ou pelo protesto do título, a critério do credor.

Ato contínuo, a mora e o inadimplemento de obrigações contratuais garantidas por alienação fiduciária, ou a ocorrência legal ou convencional de algum dos casos de antecipação de vencimento da dívida, facultarão ao credor considerar, de pleno direito, vencidas todas as obrigações contratuais, independentemente de aviso ou de notificação judicial ou extrajudicial (art. 2.º, § 3.º, do Decreto-lei 911/1969).

Mesmo com a recente alteração legislativa, trata-se, portanto, de mora *ex re* ou *automática* do devedor, que decorre do simples inadimplemento e que independe de ato do credor. Todavia, de acordo com a jurisprudência superior, o inadimplemento relativo deve ser provado pela documentação mencionada no comando para que a liminar seja concedida na ação de busca e apreensão, prevendo a Súmula 72 do STJ que a comprovação da mora é imprescindível para a busca e apreensão da coisa na alienação fiduciária em garantia. Esse entendimento deve ser mantido, mesmo com a recente modificação do texto legal, alterando-se apenas o modo de prova da constituição em mora. Não se pode esquecer, ainda, da Súmula 245 do STJ, pela qual "A notificação destinada a comprovar a mora nas dívidas garantidas por alienação fiduciária dispensa a indicação do valor do débito".

A ação de busca e apreensão na alienação fiduciária em garantia de bens móveis está tratada pelo art. 3.º do Decreto-lei 911/1969, dispositivo que sofreu alterações pela Lei 10.931/2004 e pela Lei 13.043/2014, conforme tabela a seguir:

Redação anterior do DL 911/1969	**Nova redação do DL 911/1969, conforme a Lei 10.931/2004 e a Lei 13.043/2014**
Art. 3.º O Proprietário Fiduciário, ou credor, poderá requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor.	Art. 3.º O Proprietário Fiduciário, ou credor, poderá requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor.
§ 1.º Despachada a inicial e executada a liminar, o réu será citado para, em três dias, apresentar contestação ou, se já tiver pago 40% (quarenta por cento) do preço financiado, requerer a purgação de mora.	§ 1.º Cinco dias após executada a liminar mencionada no *caput, consolidar-se-ão a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário, cabendo às repartições competentes, quando for o caso, expedir novo certificado de registro de propriedade em nome do credor, ou de terceiro por ele indicado, livre do ônus da propriedade fiduciária*.
§ 2.º Na contestação só se poderá alegar o pagamento do débito vencido ou o cumprimento das obrigações contratuais.	§ 2.º No prazo do § 1.º, o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus.
§ 3.º Requerida a purgação de mora, tempestivamente, o Juiz marcará data para o pagamento que deverá ser feito em prazo não superior a dez dias, remetendo, outrossim, os autos ao contador para cálculo do débito existente, na forma do art. 2.º e seu parágrafo primeiro.	§ 3.º O devedor fiduciante apresentará resposta no prazo de quinze dias da execução da liminar.
§ 4.º Contestado ou não o pedido e não purgada a mora, o Juiz dará sentença de plano em cinco dias, após o decurso do prazo de defesa, independentemente da avaliação do bem.	§ 4.º A resposta poderá ser apresentada ainda que o devedor tenha se utilizado da faculdade do § 2.º, caso entenda ter havido pagamento a maior e desejar restituição.
5.º A sentença, de que cabe apelação, apenas, no efeito devolutivo não impedirá a venda extrajudicial do bem alienado fiduciariamente e consolidará a propriedade a posse plena e exclusiva nas mãos do proprietário fiduciário. Preferida pelo credor a venda judicial, aplicar-se-á o disposto nos arts. 1.113 a 1.119 do CPC.	§ 5.º Da sentença cabe apelação apenas no efeito devolutivo.
§ 6.º A busca e apreensão prevista no presente artigo constitui processo autônomo e independente de qualquer procedimento posterior.	§ 6.º Na sentença que decretar a improcedência da ação de busca e apreensão, o juiz condenará o credor fiduciário ao pagamento de multa, em favor do devedor fiduciante, equivalente a cinquenta por cento do valor originalmente financiado, devidamente atualizado, caso o bem já tenha sido alienado. § 7.º A multa mencionada no § 6.º não exclui a responsabilidade do credor fiduciário por perdas e danos. § 8.º A busca e apreensão prevista no presente artigo constitui processo autônomo e independente de qualquer procedimento posterior. § 9.º Ao decretar a busca e apreensão de veículo, o juiz, caso tenha acesso à base de dados do Registro Nacional de Veículos Automotores – Renavam, inserirá diretamente a restrição judicial na base de dados do Renavam, bem como retirará tal restrição após a apreensão.

	§ 10. Caso o juiz não tenha acesso à base de dados prevista no § 9.º, deverá oficiar ao departamento de trânsito competente para que: I – registre o gravame referente à decretação da busca e apreensão do veículo; e II – retire o gravame após a apreensão do veículo.
	§ 11. O juiz também determinará a inserção do mandado a que se refere o § 9.º em banco próprio de mandados. § 12. A parte interessada poderá requerer diretamente ao juízo da comarca onde foi localizado o veículo com vistas à sua apreensão, sempre que o bem estiver em comarca distinta daquela da tramitação da ação, bastando que em tal requerimento conste a cópia da petição inicial da ação e, quando for o caso, a cópia do despacho que concedeu a busca e apreensão do veículo. § 13. A apreensão do veículo será imediatamente comunicada ao juízo, que intimará a instituição financeira para retirar o veículo do local depositado no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas. § 14. O devedor, por ocasião do cumprimento do mandado de busca e apreensão, deverá entregar o bem e seus respectivos documentos. § 15. As disposições deste artigo aplicam-se no caso de reintegração de posse de veículos referente às operações de arrendamento mercantil previstas na Lei 6.099, de 12 de setembro de 1974.

Pois bem, quanto à purgação da mora, o STJ editou, em abril de 2004, antes da entrada em vigor da nova lei, a Súmula 284, prevendo que: "A purga da mora, nos contratos de alienação fiduciária, só é permitida quando já pagos pelo menos 40% (quarenta por cento) do valor financiado". Pelo teor da ementa e pela redação anterior da norma, a purgação da mora e a contestação não poderiam ser cumuladas, ou seja, o devedor deveria optar por uma das duas opções (art. 3.º, § 2.º, na redação anterior).

Ainda pela redação anterior, requerida a purgação de mora, tempestivamente, o juiz marcaria a data para o pagamento da dívida, o que deveria ser feito em prazo não superior a dez dias. Ato contínuo, o juiz remetia os autos ao contador para cálculo do débito existente (art. 3.º, § 3.º, na redação anterior). Contestado ou não o pedido e não purgada a mora, o juiz daria sentença em cinco dias, após o decurso do prazo de defesa, independentemente da avaliação do bem (art. 3.º, § 4.º, na redação anterior). A sentença, de que cabia apelação apenas no efeito devolutivo, não impediria a venda extrajudicial do bem alienado fiduciariamente e consolidaria a propriedade e a posse plena e exclusiva nas mãos do proprietário (art. 3.º, § 5.º, na redação anterior).

Com a entrada em vigor da Lei 10.931/2004, ocorreram mudanças substanciais, como se nota da tabela comparativa exposta. O *caput* do art. 3.º não foi originalmente alterado, o que somente ocorreu com a Lei 13.043/2014, mas mudanças significativas atingiram os seus parágrafos. Desse modo, pela norma atual, cinco dias após executada a liminar constante no *caput*, serão consolidadas a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem no patrimônio do credor fiduciário, cabendo às

repartições competentes, quando for o caso, expedir novo certificado de registro de propriedade em nome do credor, ou de terceiro por ele indicado, livre do ônus da propriedade fiduciária (art. 3.º, § 1.º, pela redação atual).

No prazo de cinco dias, o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na petição inicial da ação de busca e apreensão, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre do ônus (art. 3.º, § 2.º, pela redação atual). O devedor fiduciante apresentará resposta no prazo de quinze dias da execução da liminar (art. 3.º, § 3.º, pela redação atual). A norma não menciona mais a purgação da mora, mas apenas a contestação, o que gera dúvidas sobre a possibilidade de purgação nos termos da Súmula 284 do STJ.

Na opinião deste autor a purgação está mantida, uma vez que a inovação introduzida pela Lei 10.931/2004 não é incompatível com a interpretação pela qual, sendo a alienação decorrente de uma relação de consumo, a purgação da mora continua cabível. O art. 54, § 2.º, do Código de Defesa do Consumidor admite que os contratos de adesão tenham cláusula resolutiva, desde que a escolha caiba ao consumidor. Pelo sistema de protecionismo a favor do consumidor, conclui-se que a nova norma somente conferiu mais uma faculdade ao consumidor, no caso o devedor fiduciante, que é a de obter a extinção do contrato com a restituição do bem alienado, livre de ônus, pelo cumprimento total das obrigações assumidas. Deduzindo dessa forma:

> "Agravo de instrumento. Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Pedido liminar que se deve deferir comprovada a mora do devedor. Art. 3.º, § 1.º, do Decreto-lei 911/1969. Pagamento da integralidade da dívida pendente, entendida esta como prestações já vencidas. Inteligência do art. 54, § 2.º, do CDC. Constituída propriedade fiduciária de bem móvel infungível, e apresentando-se a instituição financeira como credora fiduciária, imperativa a incidência do DL 911/1969, com as modificações introduzidas pela Lei 10.931/2004, seja para observância do direito material (Código Civil, art. 1.368-A), seja para aplicação do direito processual (DL 911/1969, art. 8.º-A). Comprovado o inadimplemento do devedor (conforme disciplina o art. 2.º, § 2.º, do DL 911/1969) e havendo pedido expresso por parte do credor fiduciário para concessão liminar de busca e apreensão do bem alienado, obrigatório o deferimento de tal pleito, sob pena de negativa de vigência de Lei Federal. O DL 911/1969, ao permitir que o devedor fiduciante pague somente a integralidade da dívida, afastando-se a purgação da mora, acaba por ensejar interpretação que afronta diametralmente o disposto pelo art. 54, § 2.º, do CDC, vez que admite a extinção antecipada do negócio jurídico, impondo-se, *ex vi legis*, a resolução contratual, à margem da orientação volitiva do consumidor. A purgação da mora deve ser considerada como expressão do diploma consumerista, vista como regra protetiva, e, portanto, dotada de *status* de norma constitucional, alçada a direito fundamental (art. 5.º, inciso XXXII, da Constituição da República) e erigida a princípio da ordem econômica (art. 170, inciso V)" (TJMG, Recurso 1.0702.08.431975-6/0011, Uberlândia, 13.ª Câmara Cível, Rel.ª Des.ª Cláudia Maia, j. 21.08.2008, *DJEMG* 15.09.2008).

> "Alienação fiduciária bem móvel. Busca e apreensão. Purgação da mora. Direito não afastado pela nova redação do Decreto-lei 911/1969 pela Lei Federal 10.931/2004. Desnecessidade do pagamento de 40% do preço financiado. Inconstitucionalidade da previsão de consolidação da posse em mãos do credor fiduciário. Admissibilidade. Recurso provido" (TJSP, Agravo de Instrumento 1.008.659-0/9, Santa Bárbara d'Oeste, 30.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Luiz Felipe Nogueira Junior, j. 15.02.2006).

Outros julgados surgiram, sucessivamente, entendendo pela manutenção da Súmula 284 do STJ.

A título de ilustração, podem ser citados: TJRS, Apelação Cível 256654-04.2009.8.21.7000, Viamão, 14.ª Câmara Cível, Rel. Des. Niwton Carpes da Silva, j. 31.03.2011, DJERS 14.04.2011; TJSP, Apelação 9201022-44.2009.8.26.0000, Acórdão 5101330, São José do Rio Preto, 35.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Clóvis Castelo, j. 02.05.2011, DJESP 17.05.2011; TJSP, Agravo de Instrumento 0466858-02.2010.8.26.0000, Acórdão 5094151, Mirassol, 28.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Eduardo Sá Pinto Sandeville, j. 26.04.2011, DJESP 17.05.2011 e TJMG, Agravo de Instrumento 0197982-05.2011.8.13.0000, Uberaba, 12.ª Câmara Cível, Rel. Des. José Flávio de Almeida, j. 27.04.2011, DJEMG 09.05.2011.

Todavia, a questão não é pacífica, sendo certo que do Segundo Tribunal de Alçada de São Paulo já existiam decisões em sentido contrário, ou seja, pelo cancelamento da sumular. Por todos: "Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Purgação da mora. Faculdade excluída pelas inovações introduzidas no Decreto-lei 911/1969 pela Lei 10.931/2004. Inadmissibilidade. Não há se falar em purgação da mora nos contratos de alienação fiduciária em garantia, ante as modificações trazidas pela Lei 10.931/2004" (Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, AI 873.712-00/6, 8.ª Câmara, Rel. Juiz Orlando Pistoresi, j. 02.12.2004).

Na mesma linha, outros tantos arestos trazem a mesma conclusão, de superação da citada súmula (ver: TJDF, Recurso 2010.00.2.006330-9, Acórdão 430.572, 3.ª Turma Cível, Rel. Des. Humberto Adjuto Ulhôa, DJDFTE 01.07.2010, p. 71 e TJMG, Agravo de Instrumento 0053691-09.2011.8.13.0000, Montes Claros, 17.ª Câmara Cível, Rel.ª Des.ª Márcia de Paoli Balbino, j. 03.03.2011, DJEMG 05.04.2011). Do próprio Superior Tribunal de Justiça, infelizmente, concluindo desse último modo:

> "Agravo Regimental no Recurso Especial. Fundamentos insuficientes para reformar a decisão agravada. Contrato garantido com cláusula de alienação fiduciária. Ação de busca e apreensão. Purgação da mora após a vigência da Lei 10.931/04. Impossibilidade. Necessidade de pagamento da integralidade da dívida. Súmula 83 do STJ. 1. O agravante não trouxe argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental. 2. Com a nova redação do artigo 3.º do Decreto-Lei 911/69, dada pela Lei 10.931/04, não há mais se falar em purgação da mora nas ações de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente, devendo o devedor pagar a integralidade da dívida, no prazo de 5 dias após a execução da liminar, hipótese na qual o bem lhe será restituído livre de ônus. 3. A perfeita harmonia entre o acórdão recorrido e a jurisprudência dominante desta Corte Superior impõe a aplicação, à hipótese dos autos, do Enunciado 83 da Súmula do STJ. 4. Agravo regimental não provido" (STJ, AgRg no REsp 1.183.477/DF, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), 3.ª Turma, j. 03.05.2011, DJe 10.05.2011).

Em 2014, o Superior Tribunal de Justiça acabou consolidando essa última forma de pensar, em julgamento da sua Segunda Secção relativo a recursos repetitivos, assim publicado no seu *Informativo* n. *540*:

> "Direito civil. Impossibilidade de purgação da mora em contratos de alienação fiduciária firmados após a vigência da Lei 10.931/2004. Recurso repetitivo (art. 543-C do CPC e Res. 8/2008-STJ). Nos contratos firmados na vigência da Lei 10.931/2004,

que alterou o art. 3.º, §§ 1.º e 2.º, do Decreto-lei 911/1969, compete ao devedor, no prazo de cinco dias após a execução da liminar na ação de busca e apreensão, pagar a integralidade da dívida – entendida esta como os valores apresentados e comprovados pelo credor na inicial –, sob pena de consolidação da propriedade do bem móvel objeto de alienação fiduciária. De início, convém esclarecer que a Súmula 284 do STJ, anterior à Lei 10.931/2004, orienta que a purgação da mora, nos contratos de alienação fiduciária, só é permitida quando já pagos pelo menos 40% (quarenta por cento) do valor financiado. A referida súmula espelha a redação primitiva do § 1.º do art. 3.º do Decreto-lei 911/1969, que tinha a seguinte redação: 'Despachada a inicial e executada a liminar, o réu será citado para, em três dias, apresentar contestação ou, se já houver pago 40% (quarenta por cento) do preço financiado, requerer a purgação de mora'. Contudo, do cotejo entre a redação originária e a atual – conferida pela Lei 10.931/2004 –, fica límpido que a lei não faculta mais ao devedor a purgação da mora, expressão inclusive suprimida das disposições atuais, não se extraindo do texto legal a interpretação de que é possível o pagamento apenas da dívida vencida. Ademais, a redação vigente do art. 3.º, §§ 1.º e 2.º, do Decreto-lei 911/1969 estabelece que o devedor fiduciante poderá pagar a integralidade da dívida pendente e, se assim o fizer, o bem lhe será restituído livre de ônus, não havendo, portanto, dúvida acerca de se tratar de pagamento de toda a dívida, isto é, de extinção da obrigação. (...). Portanto, sob pena de se gerar insegurança jurídica e violar o princípio da tripartição dos Poderes, não cabe ao Poder Judiciário, a pretexto de interpretar a Lei 10.931/2004, criar hipótese de purgação da mora não contemplada pela lei. Com efeito, é regra basilar de hermenêutica a prevalência da regra excepcional, quando há confronto entre as regras específicas e as demais do ordenamento jurídico. Assim, como o CDC não regula contratos específicos, em casos de incompatibilidade entre a norma consumerista e a aludida norma específica, deve prevalecer essa última, pois a lei especial traz novo regramento a par dos já existentes. (...). De mais a mais, o STJ, em diversos precedentes, já afirmou que, após o advento da Lei 10.931/2004, que deu nova redação ao art. 3.º do Decreto-lei 911/1969, não há falar em purgação da mora, haja vista que, sob a nova sistemática, após o decurso do prazo de 5 (cinco) dias contados da execução da liminar, a propriedade do bem fica consolidada em favor do credor fiduciário, devendo o devedor efetuar o pagamento da integralidade do débito remanescente a fim de obter a restituição do bem livre de ônus. Precedentes citados: AgRg no REsp 1.398.434-MG, Quarta Turma, *DJe* 11.02.2014; e AgRg no REsp 1.151.061-MS, Terceira Turma, *DJe* 12.04.2013" (STJ, REsp 1.418.593/MS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 14.05.2014).

Com o devido respeito, lamenta-se essa tomada de curso pelo Superior Tribunal de Justiça, que parece desconsiderar a correta efetivação dos direitos do devedor-fiduciante, na grande maioria das vezes enquadrado como consumidor. Em reforço, a impossibilidade de purgação da mora não está em sintonia com o princípio da conservação dos negócios jurídicos, segundo o qual a extinção dos pactos deve ser a última medida a ser tomada, mormente diante de sua inegável função social, preservando-se ao máximo a autonomia privada.

Seguindo no estudo das inovações legais, a resposta do devedor fiduciante poderá ser apresentada, ainda que ele tenha pagado a dívida apresentada pelo credor na petição inicial, desde que entenda ter havido pagamento a maior e desejar a devida restituição (art. 3.º, § 4.º, pela redação atual). Da sentença cabe apelação apenas no efeito devolutivo, como já era no sistema anterior (art. 3.º, § 5.º, pela redação atual).

Além disso, na sentença que decretar a improcedência da ação de busca e apreensão, o juiz condenará o credor fiduciário ao pagamento de multa, em favor do devedor fiduciante, equivalente a cinquenta por cento do valor originalmente financiado, devidamente atualizado, caso o bem já tenha sido alienado (art. 3.º, § 6.º, pela redação atual). Se a referida multa for exagerada cabe a redução equitativa prevista pelo art. 413 do CC/2002. A multa em questão não exclui a possibilidade de o credor fiduciário responder pelas perdas e danos que o caso concreto demonstrar (art. 3.º, § 7.º,

redação atual). Por fim, a busca e apreensão prevista no art. 3.º constitui um processo autônomo e independente de qualquer procedimento posterior, tendo caráter totalmente satisfativo (art. 3.º, § 8.º, redação atual).

Não se pode esquecer, em complemento, que presente a relação de consumo na alienação fiduciária em garantia de bens móveis – como é bem comum –, merece aplicação o art. 53 da Lei 8.078/1990, que consagra a nulidade absoluta da *cláusula de decaimento*, de perda de todas as parcelas pagas pelo devedor nos casos de inadimplemento (nessa linha de conclusão: STJ, REsp 401.702/DF, 4.ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 07.06.2005, *DJ* 29.08.2005, p. 346).

Repise-se, em reforço, que a jurisprudência superior tem aplicado à alienação fiduciária a *teoria do adimplemento substancial* para afastar a busca e apreensão da coisa nos casos em que a mora do devedor é insignificante (STJ, REsp 469.577/SC, 4.ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 25.03.2003, *DJ* 05.05.2003, p. 310).

Seguindo no estudo da matéria, é preciso também comentar as alterações que foram incluídas pela Lei 13.043, de novembro de 2014, ao art. 3.º do Decreto-Lei 911/1969. Especialmente quanto ao seu *caput*, a norma estabelece que a concessão de liminar poderá ser apreciada pelo plantão judiciário, o que visa a facilitá-la. Ademais, como visto, foram incluídos sete novos parágrafos ao diploma, todos com o intuito de tornar ainda mais operável a busca e apreensão.

Nesse contexto, o novo § 9.º do art. 3.º estabelece que, ao decretar a busca e apreensão de veículo, o juiz, caso tenha acesso à base de dados do Registro Nacional de Veículos Automotores – Renavam, inserirá diretamente a restrição judicial na base de dados do Renavam, bem como retirará tal restrição após a apreensão. Por outra via, se o juiz não tiver acesso a essa base de dados, deverá oficiar ao departamento de trânsito competente para que: *a)* registre o gravame referente à decretação da busca e apreensão do veículo; e *b)* retire o gravame após a apreensão do veículo (§ 10). Também com o intuito de localizar a apreender o bem móvel, estabelece o novo § 11 do art. 3.º do Decreto-lei 911/1969 que o juiz determinará a inserção do mandado a que se refere tal restrição em banco próprio de mandados (central de mandados).

Igualmente, com o intuito de facilitar a apreensão da coisa, a parte interessada poderá requerer diretamente ao juízo da Comarca onde foi localizado o veículo com vistas à sua apreensão, sempre que o bem estiver em Comarca distinta daquela da tramitação da ação. Para tanto, basta que em tal requerimento conste a cópia da petição inicial da ação e, quando for o caso, a cópia do despacho que concedeu a busca e apreensão do veículo (art. 3.º, § 12, do Decreto-lei 911/1969). A apreensão do veículo será imediatamente comunicada ao juízo, que intimará a instituição financeira para retirá-lo do local depositado no prazo máximo de 48 horas (art. 3.º, § 13, do Decreto-lei 911/1969). Por fim, a respeito da apreensão, a nova norma estabelece que o devedor, por ocasião do cumprimento do mandado de busca e apreensão, deverá entregar o bem e seus respectivos documentos (art. 3.º, § 14, do Decreto-lei 911/1969).

Assim como ocorre com a venda extrajudicial do bem, todas as regras previstas no art. 3.º do Decreto-lei 911/1969 passam a ser aplicadas ao *leasing* ou ao arrendamento mercantil, por força do novo § 15, inserido nesse diploma.

Superadas essas questões relativas ao inadimplemento por parte do devedor fiduciante, devidamente atualizadas, preconiza o art. 1.365 do CC a nulidade absoluta textual da cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no vencimento (*pacto comissório real*). Entretanto, pode o devedor dar o seu direito em pagamento da dívida (*dação em pagamento*) após o seu vencimento (art. 1.365, parágrafo único, do CC). Este autor entende que as normas se aplicam a qualquer modalidade de alienação fiduciária, seja em relação a móveis ou imóveis.

Também com similaridade ao que ocorre com os direitos reais de garantia sobre coisa alheia, prevê o art. 1.366 do CC que, se vendida a coisa e o produto não bastar para o pagamento da dívida e das despesas de cobrança, continuará o devedor obrigado pelo restante. Assim, o credor da dívida deixa de ser um credor com direito real e passa a ser um credor quirografário ou comum.

Consagrando tal paralelismo, o art. 1.367 do CC, originalmente, mandava aplicar à alienação fiduciária em garantia alguns dispositivos relativos à hipoteca, a seguir expostos:

- Art. 1.421 do CC – O pagamento parcial da dívida não representa a extinção da garantia (indivisibilidade do direito real de garantia).
- Arts. 1.425 e 1.426 do CC – Aplicação das hipóteses de vencimento antecipado da dívida e não inclusão dos juros.
- Art. 1.427 do CC – Previsão de que, salvo cláusula expressa, o terceiro que presta garantia real por dívida alheia não fica obrigado a substituí-la, ou reforçá-la, quando, sem culpa sua, se perca, deteriore, ou desvalorize.
- Art. 1.436 do CC – Aplicação das regras de extinção do penhor.

A norma, contudo, foi ampliada pela Lei 13.043, de novembro de 2014, que passou a estabelecer a aplicação de todas as regras gerais relativas aos direitos reais de garantia sobre coisa alheia (penhor, hipoteca e anticrese), previstas entre os arts. 1.419 a 1.430 da codificação.

Enuncia o art. 1.368 da codificação privada que o terceiro, interessado ou não, que pagar a dívida se sub-rogará de pleno direito no crédito e na propriedade fiduciária. Nota-se que a norma se aplica tanto ao terceiro interessado quanto ao terceiro não interessado que, aqui, têm tratamentos iguais. O dispositivo representa exceção à regra da teoria geral das obrigações pela qual o terceiro não interessado que paga a dívida no seu próprio nome tem direito de reembolso, mas não se sub-roga nos direitos do credor (art. 305 do CC).

Muito pertinente para o estudo das regras previstas no Código Civil de 2002, mais uma vez, o comentado art. 1.368-A, introduzido pela Lei 10.931/2004, estabelece que as demais espécies de

propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais. Eventualmente, as disposições do Código Civil serão aplicadas somente naquilo em que não forem incompatíveis com a legislação especial (aplicação residual).

Por derradeiro acrescente-se que a Lei 13.043/2014 incluiu o art. 1.368-B ao Código Civil, com a seguinte redação: "A alienação fiduciária em garantia de bem móvel ou imóvel confere direito real de aquisição ao fiduciante, seu cessionário ou sucessor. Parágrafo único. O credor fiduciário que se tornar proprietário pleno do bem, por efeito de realização da garantia, mediante consolidação da propriedade, adjudicação, dação ou outra forma pela qual lhe tenha sido transmitida a propriedade plena, passa a responder pelo pagamento dos tributos sobre a propriedade e a posse, taxas, despesas condominiais e quaisquer outros encargos, tributários ou não, incidentes sobre o bem objeto da garantia, a partir da data em que vier a ser imitido na posse direta do bem".

O novo diploma traz duas regras, como se percebe. O seu *caput* preceitua que, ao lado do direito real de garantia sobre coisa própria – a favor do credor fiduciário –, o devedor fiduciante, ou seu substituto, tem um direito real de aquisição sobre a coisa, assim como ocorre com o compromisso de compra e venda de imóvel registrado.

Além disso, o credor fiduciário que passa a ser o proprietário do bem em virtude do inadimplemento do devedor fiduciante, ou por outro motivo de consolidação do domínio, deve responder por todos os encargos relativos à coisa, caso das obrigações *propter rem* ou *próprias da coisa*. O preceito inclui expressamente os tributos e as despesas de condomínio.

b) Da alienação fiduciária em garantia de bens imóveis (Lei 9.514/1997).

Como visto, o art. 22 da Lei 9.514/1997 conceitua a alienação fiduciária em garantia de bem imóvel, sendo claro ao consagrar que a propriedade do credor fiduciário é resolúvel, pois pago o preço, o devedor fiduciante consolida a propriedade em seu nome (art. 25 da Lei 9.514/1997).

Anote-se que não há qualquer óbice para que o imóvel alienado seja dado mais uma vez em garantia, pela mesma modalidade. Nesse sentido, aliás, enunciado aprovado na *V Jornada de Direito Civil*, em 2011 com a seguinte redação: "Estando em curso contrato de alienação fiduciária, é possível a constituição concomitante de nova garantia fiduciária sobre o mesmo bem imóvel, que, entretanto, incidirá sobre a respectiva propriedade superveniente que o fiduciante vier a readquirir, quando do implemento da condição a que estiver subordinada a primeira garantia fiduciária; a nova garantia poderá ser registrada desde a data em que convencionada e será eficaz desde a data do registro, produzindo efeito *ex tunc*." (Enunciado n. 506).

Consigne-se que a Lei 11.481/2007 introduziu um § 1.º ao art. 22 prevendo que a alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no Sistema de Financiamento Imobiliário. Ato contínuo, além da propriedade plena, podem ser objeto de alienação fiduciária em garantia:

I) Os bens enfitêuticos, hipótese em que será exigível o pagamento do laudêmio, se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário.

II) O direito de uso especial para fins de moradia.

III) O direito real de uso, desde que suscetível de alienação.

IV) A propriedade superficiária.

Nos casos envolvendo o direito real de uso e a propriedade superficiária, o direito de garantia fica limitado à duração do direito real (art. 22, § 2.º, da Lei 9.514/1997, incluído pela Lei 11.481/2007).

Como não poderia ser diferente, também na alienação fiduciária em garantia de bens imóveis o dever fiduciante é possuidor direto da coisa e o credor fiduciário possuidor indireto (art. 23, parágrafo único, da Lei 9.514/1997). O art. 23 da Lei 9.514/1997 enuncia que a propriedade fiduciária será constituída mediante registro do contrato que o institui no competente Registro de Imóveis. A exemplo do que consta do CC/2002 e do Decreto-lei 911/1969, o art. 24 da Lei 9.514/1997 lista os requisitos do instrumento que serve de título ao negócio fiduciário, a saber:

a) O valor do principal da dívida.
b) O prazo e as condições de reposição do empréstimo ou do crédito do fiduciário.
c) A taxa de juros e os encargos incidentes.
d) A cláusula de constituição da propriedade fiduciária, com a descrição do imóvel objeto da alienação fiduciária e a indicação d título e modo de aquisição.
e) A cláusula assegurando ao fiduciante, enquanto adimplente, a livre utilização, por sua conta e risco, do imóvel objeto da alienação fiduciária.
f) A indicação, para efeito de venda em público leilão, do valor do imóvel e dos critérios para a respectiva revisão.
g) A cláusula dispondo sobre os procedimentos do leilão judicial previsto no art. 27 da mesma Lei.

Com o pagamento integral da dívida e seus encargos, resolve-se, nos termos do art. 25, *caput*, da Lei, a propriedade fiduciária do imóvel. Ocorrendo o pagamento, no prazo de 30 dias, a contar da data de liquidação da dívida, o fiduciário fornecerá o respectivo termo de quitação ao fiduciante, sob pena de multa em favor deste, equivalente a meio por cento ao mês, ou fração, sobre o valor do contrato (art. 25, § 1.º, da Lei 9.514/1997). Sendo apresentado esse termo de quitação, o oficial do competente Registro de Imóveis efetuará o cancelamento do registro da propriedade fiduciária (art. 25, § 2.º, da Lei 9.514/1997).

Conforme o art. 26 da Lei 9.514/1997, vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á a propriedade do imóvel em nome do fiduciário. Os parágrafos do dispositivo regulamentam essa consolidação.

Em primeiro lugar, o devedor fiduciante, ou seu representante legal ou procurador regularmente

constituído, será intimado, a requerimento do credor fiduciário, pelo oficial do competente Registro de Imóveis, a satisfazer, no prazo de 15 dias, a prestação vencida e as que vencerem até a data do pagamento, os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais e legais (art. 26, § 1.º, da Lei 9.514/1997). O próprio instrumento do negócio definirá o prazo de carência após o qual será expedida a intimação (art. 26, § 2.º, da Lei 9.514/1997). Essa intimação será feita pessoalmente ao devedor fiduciante, ao seu representante legal ou ao procurador regularmente constituído, podendo ser promovida, por solicitação do oficial do Registro de Imóveis ou por oficial de Registro de Títulos e Documentos da comarca da situação do imóvel ou do domicílio de quem deva recebê-la, ou pelo correio, com aviso de recebimento (art. 26, § 3.º, da Lei 9.514/1997). Eventualmente, se o devedor fiduciante, ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído, se encontrar em local incerto e não sabido, o oficial certificará o fato.

Em casos tais, cabe ao oficial do competente Registro de Imóveis promover a intimação por edital, publicado por três dias, pelo menos, em um dos jornais de maior circulação local ou em outro de comarca de fácil acesso, se no local não houver imprensa diária (art. 26, § 4.º, da Lei 9.514/1997). Esse último dispositivo foi recentemente alterado pela Lei 13.043/2014, que passou a expressar que o prazo para purgação da mora deve ser contado da data da última publicação do edital.

Sendo purgada a mora no Registro de Imóveis, volta a valer a alienação fiduciária, com todos os seus efeitos jurídicos (art. 26, § 5.º, da Lei 9.514/1997). Ocorrendo essa purgação, nos moldes do art. 401, II, do CC, o oficial do Registro de Imóveis, nos três dias seguintes, entregará ao credor fiduciário as importâncias recebidas, deduzidas as despesas de cobrança e de intimação (art. 26, § 6.º, da Lei 9.514/1997).

O § 7.º do art. 26 foi alterado pela Lei 10.931/2004. O dispositivo anterior previa que, decorrido o prazo de 15 dias, sem a purgação da mora, o oficial do competente Registro de Imóveis promoveria à vista da prova do pagamento do imposto de transmissão *inter vivos* pelo credor fiduciário, o registro, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome deste último. A nova redação fala em *averbação*, expressão que está de acordo com a melhor técnica registral. Além disso, faz menção ao pagamento de eventual laudêmio, valor percentual devido ao proprietário no caso de transmissão da enfiteuse. Espanta-nos essa última previsão, uma vez que o CC/2002 não só baniu a enfiteuse como proibiu a cobrança de laudêmio em qualquer caso (art. 2.038).

Finalizando os procedimentos quanto à consolidação da propriedade, determina o § 8.º do art. 26, também incluído pela Lei 10.931/2004, que o devedor fiduciante pode, com a anuência do credor fiduciário, dar seu direito eventual ao imóvel em pagamento da dívida, dispensados os procedimentos previstos no art. 27 desta Lei.

De acordo com esse último diploma legal, uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o credor fiduciário, no prazo de 30 dias, contados da data do registro da consolidação, promoverá

leilão público para a alienação do imóvel (art. 27, *caput*, da Lei 9.514/1997). Conforme enunciado doutrinário aprovado na *V Jornada de Direito Civil, evento de 2011*, “do leilão, mesmo que negativo, a que se refere o art. 27 da Lei n. 9.514/1997, será lavrada ata que, subscrita pelo leiloeiro, poderá ser averbada no Registro de Imóveis competente, sendo a transmissão da propriedade do imóvel levado a leilão formalizada mediante contrato de compra e venda” (Enunciado n. 511 do CJF/STJ).

Se, no primeiro leilão, o maior lance oferecido for inferior ao valor do imóvel, será realizado o segundo leilão, nos 15 dias seguintes (art. 27, § 1.º, da Lei 9.514/1997). Nesse segundo leilão, será aceito o maior lance oferecido, desde que igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais (art. 27, § 2.º, da Lei 9.514/1997).

Parte da doutrina contemporânea sustenta a inconstitucionalidade desse § 2.º do art. 27. Para Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, a inconstitucionalidade está presente, pois a norma, ao prever que no segundo leilão a coisa seja vendida pelo maior lance oferecido e desde que esse lance cubra o valor do débito, possibilita que o devedor perca a coisa, bem como tudo o que foi pago. Isso, sem ter condições de discutir judicialmente o fato de ser privado da propriedade. O exemplo dos destacados civilistas é bem didático:

> “Assim, se *A* pagou R$ 50.000,00 de um débito total de R$ 70.000,00, quando o seu imóvel for a leilão, nada impede que no segundo leilão seja a coisa vendida por apenas R$ 20.000,00. Neste caso *A* não só perderá o imóvel, como tudo o que pagou. Há ofensa ao devido processo legal, pois a pessoa será privada do direito de propriedade sem a garantia constitucional do processo e da presença do Estado-juiz. Sempre devemos lembrar que o trinômio vida/liberdade/propriedade é genericamente garantido pelo *due process of law*”.[167]

A premissa legislativa ainda merece críticas se for levada em conta a principiologia do CC/2002 e do CDC que valorizam a boa-fé e a função social do contrato, afastando o abuso de direito e o enriquecimento sem causa. Por isso, duvida-se de sua validade e eficácia uma vez que o abuso de direito constitui ilícito, podendo acarretar a nulidade do ato ou negócio jurídico (arts. 187 e 166, II, do CC).

Seguindo parcialmente essa linha, anote-se que, na *VI Jornada de Direito Civil*, promovida pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em 2013, foi aprovado o Enunciado n. 567, segundo o qual “a avaliação do imóvel para efeito do leilão previsto no § 1.º do art. 27 da Lei n. 9.514/1997 deve contemplar o maior valor entre a avaliação efetuada pelo município para cálculo do imposto de transmissão inter vivos (ITBI) devido para a consolidação da propriedade no patrimônio do credor fiduciário e o critério fixado contratualmente”. Segundo as justificativas do enunciado doutrinário, “considerando que, em regra, os financiamentos imobiliários são de longo prazo, podendo ocorrer defasagem entre o valor indicado no contrato e o valor de

mercado, no primeiro leilão a que se refere o art. 27, § 1.º, da Lei n. 9.514/1997, o imóvel pode vir a ser ofertado e arrematado por valor muito inferior ao de mercado. Considerando que o leilão deve ser realizado nos 30 dias que se seguirem à consolidação da propriedade no patrimônio do credor e que a transmissão constitui fato gerador do ITBI, o valor cobrado pelo município para a transação pode mostrar-se o mais próximo da realidade do mercado por ocasião do leilão. Desse modo, caso esse valor seja superior ao valor estipulado contratualmente, poderá ser utilizado para a fixação do preço do imóvel para fins do primeiro leilão previsto na Lei n. 9.514/1997".

Superado esse ponto, para fins desse leilão, a lei considera como *dívida* o saldo devedor da operação de alienação fiduciária, na data da sua realização, nele incluídos os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais. Considera como *despesas* a soma das importâncias correspondentes aos encargos e custas de intimação, bem como as necessárias à realização do leilão público, nestas compreendidas as relativas aos anúncios e à comissão do leiloeiro. É o que consta do § 3.º do art. 27 da Lei 9.514/1997, dispositivo de caráter esclarecedor e prático.

Ainda quanto ao leilão, nos cinco dias que se seguirem à venda do imóvel, o credor fiduciário entregará ao devedor fiduciante a importância que sobrar, considerando-se nela compreendida a quantia da indenização de benfeitorias, depois de deduzidos os valores da dívida e das despesas e encargos, fato esse que importará em recíproca quitação (art. 27, § 4.º, da Lei 9.514/1997). Entretanto, se no segundo leilão o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor da dívida e dos encargos contratuais, considerar-se-á extinta a dívida, estando o credor fiduciário dispensado do encargo de devolver quantias, por razões óbvias (art. 27, § 5.º, da Lei 9.514/1997). Nesse caso, o credor fiduciário, no prazo de cinco dias a contar da data do segundo leilão, dará ao devedor fiduciante quitação da dívida, mediante termo próprio (art. 27, § 6.º, da Lei 9.514/1997).

Na excepcionalidade de estar o imóvel locado, a locação poderá ser denunciada com o prazo de 30 dias para a desocupação, salvo se tiver havido concordância por escrito do credor fiduciário, devendo a denúncia, nesse último caso, ser realizada no prazo de 90 dias a contar da data da consolidação da propriedade a favor do último. Essa condição deve constar expressamente em cláusula contratual específica, destacando-se das demais por sua apresentação gráfica. Essa é a previsão do § 7.º do art. 27 da Lei 9.514/1997, incluída pela Lei 10.931/2004, e que traz como conteúdo o dever de informação, relacionado com a boa-fé objetiva, pela previsão de destaque da cláusula negocial.

Finalmente, prevê o § 8.º do art. 27 da Lei 9.514/1997 que responde o devedor fiduciante pelo pagamento dos impostos, taxas, contribuições condominiais e quaisquer outros encargos que recaiam ou venham a recair sobre o imóvel, cuja posse tenha sido transferida para o credor fiduciário, até a data em que o último vier a ser imitido na posse. Esse comando legal também foi incluído pela recente Lei 10.931/2004.

Ressalte-se, por fim, que o presente autor entende que o leilão extrajudicial, por si só, não é

inconstitucional, por suposta lesão à ao contraditório e à ampla defesa (art. 5.º, LV, da CF/1988). Isso porque, em havendo abusos ou excessos no leilão, o devedor fiduciante poderá questionar judicialmente o procedimento administrativo previsto na lei específica, assegurando-se o acesso à justiça e ao contraditório na demanda, conforme conclui a melhor jurisprudência (TJSP, Agravo de Instrumento 891.371-0/0, 25.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Marcondes D'Angelo, j. 02.06.2005, v.u.; 2.º TACSP, Agravo de Instrumento 880.879-00/2, 5.ª Câmara, Rel. Des. Pereira Calças, j. 27.01.2005; 2.º TACSP, Agravo de Instrumento 843.474-00/2, 5.ª Câmara, Rel. Juiz Luis de Carvalho, j. 14.04.2004).

Anote-se que a questão está sendo debatida perante o Pleno do Supremo Tribunal Federal, especificamente no que concerne ao leilão extrajudicial previsto no art. 32 do Decreto-Lei 70/1966, para os imóveis hipotecados com expedição de cédula hipotecária perante o sistema financeiro nacional. O julgamento está suspenso desde setembro de 2011. Destaque-se a existência de decisões anteriores do próprio Excelso, deduzindo pela constitucionalidade da norma (STF, RE 223.075/DF, 1.ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 23.06.1998).

Em sede de Tribunal de Justiça de São Paulo, anote-se a existência da Súmula 20, prescrevendo que "A execução extrajudicial, fundada no Decreto-Lei n.º 70, de 21.11.1966, é constitucional". Outros acórdãos da Corte Estadual trazem a mesma conclusão para o leilão previsto para a alienação fiduciária em garantia, unificando a conclusão a respeito da constitucionalidade do leilão nos dois institutos (por todos: TJSP, Agravo de Instrumento 0216122-90.2012.8.26.0000, Rel. Alexandre Lazzarini, São Paulo, 6.ª Câmara de Direito Privado, j. 01.11.2012, data de registro: 06.11.2012; TJSP, Apelação 9275200-95.2008.8.26.0000, Rel. S. Oscar Feltrin, São Paulo, 29.ª Câmara de Direito Privado, j. 31.10.2012, data de registro: 01.11.2012). Reafirme-se que o presente autor segue a linha esposada nos acórdãos em questão.

[1] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Direito das coisas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 5, p. 19.

[2] AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de direito civil*. Direito das coisas. São Paulo: Atlas, 2014. p. 4.

[3] GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19. ed. Atualizador: Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 10-17.

[4] GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19. ed. Atualizador: Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 12.

[5] GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19. ed. Atualizador: Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 15.

[6] PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 89.

[7] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Direito das Coisas. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 5, p. 20.

[8] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito reais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 3.

[9] Sobre esse aspecto, ver: GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. *Direitos reais e autonomia da vontade (o princípio d tipicidade dos direitos reais)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; NEVES, Gustavo Kloh Müller. O princípio da tipicidade dos direitos reais ou a regra do *numerus clausus*. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 413.

[10] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 12.

[11] Anote-se, contudo, que vários juristas ainda se perfilham à visão clássica, de que o rol dos direitos reais é taxativo, o que ainda parece ser o entendimento majoritário: DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 841; GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 21; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 1.089; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 18. ed. Atualizador: Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 8; AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de Direito Civil*. Direito das Coisas. São Paulo: Atlas, 2014. p. 12.

[12] GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19. ed. Atualizador: Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 14.

[13] Anote-se que a expressão *contratos cativos de longa duração* foi criada e difundida no Brasil por Cláudia Lima Marques (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 92).

[14] ALVES, José Carlos Moreira. *Posse. Estudo dogmático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

[15] GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19. ed. Atualizador: Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 42-43.

[16] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Direito das Coisas. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 5, p. 52.

[17] FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Novo Código Civil comentado*. 2. ed. atual. Coord. Ricardo Fiúza. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1.095.

[18] MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das Coisas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 23-24.

[19] GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. *A posse como direito autônomo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 269-270.

[20] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 820-821.

[21] GOMES, Orlando. *Direitos reais*. Coordenador: Edvaldo Brito. Atualizador: Luiz Edson Fachin. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 48.

[22] PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das Coisas*. São Paulo: RT, 2008. p. 471.

[23] Nesse sentido: VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 1.055.

[24] Assim deduzindo: MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das Coisas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 40-42.

[25] GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19. ed. Atualizador: Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 54.

[26] GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19. ed. Atualizador: Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 55.

[27] MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Direito das coisas. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3, p. 32.

[28] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil*. Direito das Coisas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 5, p. 102-103.

[29] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 828-829; GONÇALVES, Carlos Roberto.

Direito Civil. Direito das Coisas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 5, p. 101.

[30] GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19. ed. Atualizador: Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 82.

[31] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 110.

[32] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Direito das coisas. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 5, p. 67-69.

[33] MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. Direito das coisas. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3, p. 201.

[34] GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19. ed. Atualizador: Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 70.

[35] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 824.

[36] BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das coisas*. Coleção História do Direito Brasileiro. Brasília: Senado Federal, 2003. v. 1, p. 127

[37] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 18. ed. Atualizador: Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 89-90.

[38] GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19. ed. Atualizador: Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 109.

[39] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 848.

[40] AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de direito civil*. Direito das coisas. São Paulo: Atlas, 2014. p. 38-39.

[41] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 178.

[42] CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Direito de autor e direitos da personalidade*: reflexões à luz do Código Civil. Tese para concurso de Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008. p. 99.

[43] CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Direito de autor e direitos da personalidade: reflexões à luz do Código Civil*. Tese para concurso de Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008. p. 99.

[44] AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de direito civil*. Direito das coisas. São Paulo: Atlas, 2014. p. 4.

[45] Nesse sentido: FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 183.

[46] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 179.

[47] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 856.

[48] GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19. ed. Atualizador: Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 110.

[49] MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao Direito de Propriedade*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 73.

[50] MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao Direito de Propriedade*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 73-74.

[51] GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19. ed. Atualizador: Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 129.

[52] ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*. Reais. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 192.

[53] MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao Direito de Propriedade*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 105.

[54] MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao Direito de Propriedade*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 105-106.

[55] Nesse sentido: GAGLIANO, Pablo Stolze. Controvérsias constitucionais acerca do usucapião coletivo. *Jus Navigandi*, ano 10, n. 1.063, Teresina, 30 maio 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8318>. Acesso em: 21 jul. 2010.

[56] ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil anotado*. São Paulo: Método, 2005. p. 608.

[57] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Direito das Coisas. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 5, p. 195.

[58] MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Código Civil comentado*. 2. ed. Coord. Ricardo Fiuza. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 1.133.

[59] Nesse sentido, entre os clássicos: RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1, p. 148.

[60] Conforme entendimento constante em artigo científico de sua autoria (BARROSO, Lucas Abreu. Hermenêutica e operabilidade do art. 1.228, §§ 4.º e 5.º do Código Civil. *Revista de Direito Privado* n. 21, jan.-mar. 2005).

[61] FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. t. 29, p. 224-225.

[62] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 946.

[63] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 354.

[64] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 874.

[65] Por todos: DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 785.

[66] MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Código Civil comentado*. 8. ed. Coord. Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1.359; DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 874; TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de; BARBOZA, Heloísa Helena. *Código Civil interpretado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 1.126-1.127.

[67] MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das Coisas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 145-147.

[68] RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1, p. 169-172.

[69] MARQUES, Benedito Ferreira. *Direito agrário brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 98-99.

[70] EHRHARDT JR. Marcos. Temos um novo tipo de usucapião criado pela Lei 12.424/2011. Problemas à vista. Disponível em: <http://www.marcosehrhardt.adv.br/index.php/blog>. Acesso em: 1º jul. 2011.

[71] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. Reais. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. v. 5, p. 450-456.

[72] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.397-1.398.

[73] DELGADO, Mário Luiz. *Problemas de direito intertemporal no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 68.

[74] DELGADO, Mário Luiz. *Problemas de direito intertemporal no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 68.

[75] DELGADO, Mário Luiz. *Problemas de direito intertemporal no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 68.

[76] RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. Parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1, p. 148.

[77] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 267.

[78] BRANDELLI, Leonardo. *Aplicação do princípio da tutela da aparência jurídica ao terceiro registral imobiliário de boa-fé*: aspectos jurídicos e econômicos. Porto Alegre: UFGRS, 2013.

[79] GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 202.

[80] ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil anotado*. São Paulo: Método, 2005. p. 630.

[81] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 344.

[82] Cf. ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil anotado*. São Paulo: Método, 2005. p. 633.

[83] ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil anotado*. São Paulo: Método, 2005. p. 632.

[84] MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Código Civil comentado*. 6. ed. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1.329.

[85] MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Código Civil comentado*. 6. ed. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1.330.

[86] MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 178.

[87] MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Direito das coisas. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3, p. 135.

[88] GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 215.

[89] PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das Coisas*. São Paulo: RT, 2008. p. 321.

[90] MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das Coisas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 181.

[91] MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao direito de propriedade*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 68.

[92] MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 195.

[93] ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil anotado*. São Paulo: Método, 2005. p. 640.

[94] Nesse sentido: MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Código Civil comentado*. 6. ed. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1.343; ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil*

anotado. São Paulo: Método, 2005. p. 641.

[95] MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 199.

[96] FACHIN, Luiz Edson. Direitos de vizinhança e o novo Código Civil brasileiro: uma sucinta apreciação. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2004. v. 2, p. 205.

[97] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 908.

[98] MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 207.

[99] MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. Direito das coisas. 37. ed. rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3, p. 165.

[100] MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 211.

[101] LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Instituições de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 497.

[102] MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil brasileiro*. Direito das Coisas. 37. ed. atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3, p. 205-206.

[103] Nesse sentido: DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 922.

[104] ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil anotado*. São Paulo: Método, 2005. p. 660.

[105] Nesse sentido: MALUF, Carlos Alberto Dabus; MARQUES, Márcio Antero Motta Ramos. *Condomínio edilício*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 12; FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 509; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.198; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 231.

[106] ALVES, Jones Figueirêdo. "Perros" e "Osos". Disponível em: http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI167049,21048-Perros+e+Osos. Acesso em: 3 maio 2013.

[107] Nesse sentido, por todos: MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Direito das Coisas. 37. ed. atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3, p. 2.224.

[108] Seguindo tal premissa: LOPES, João Batista. *Condomínio*. 10. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 60-61.

[109] Para ilustrar: TJSP, Apelação 994.03.111583-5, Acórdão 4332653, São Paulo, 1.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Paulo Eduardo Razuk, j. 02.02.2010, *DJESP* 22.04.2010; TJMG, Agravo de Instrumento 1.0024.00.016519-1/0011, Belo Horizonte, 16.ª Câmara Cível, Rel. Des. Sebastião Pereira de Souza, j. 06.05.2009, *DJEMG* 10.07.2009.

[110] LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *Condomínio em edificações*. São Paulo: Saraiva, 2010.

[111] Conforme aponta o próprio Frederico Viegas como um dos argumentos principais para a tese da personalidade jurídica do condomínio edilício (LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *Condomínio em edificações*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 157).

[112] LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *Condomínio em edificações*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 189-191.

[113] LOPES, João Batista. *Condomínio*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 134.

[114] Nesse sentido; FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 528.

[115] AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de direito civil*. Direito das coisas. São Paulo: Atlas, 2014. p. 95.

[116] Nesse sentido: FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 532.

[117] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 940.

[118] Ver: ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil anotado*. São Paulo: Método, 2005. p. 675-676.

[119] MALUF, Carlos Alberto Dabus; MARQUES, Márcio Antero Motta Ramos. *Condomínio edilício*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 128.

[120] PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

[121] PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. São Paulo: RT, 2008. p. 402.

[122] LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de direito urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 9.

[123] MAZZEI, Rodrigo Reis. *Direito de superfície*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 266.

[124] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 406.

[125] Nessa linha: DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Direito das Coisas. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4, p. 476-477; ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil anotado*. São Paulo: Método, 2005. p. 696; FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Código Civil comentado*. 6. ed. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1.472; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 290; BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Manual de direito civil*. Direito das Coisas e Responsabilidade Civil. São Paulo: Método, 2005. v. 3, p. 118; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Direito das Coisas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 5, p. 447.

[126] Nesse sentido: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 404; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 292.

[127] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 953.

[128] GAGLIANO, Pablo Stolze. *Código Civil comentado*. Coord. Álvaro Villaça de Azevedo. São Paulo: Atlas, 2004. v. XIII, p. 32.

[129] GAGLIANO, Pablo Stolze. *Código Civil comentado*. Coord. Álvaro Villaça de Azevedo. São Paulo: Atlas, 2004. v. XIII, p. 42.

[130] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 1.238.

[131] ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil anotado*. São Paulo: Método, 2005. p. 697.

[132] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 954.

[133] MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 294.

[134] MAZZEI, Rodrigo Reis. *Direito de superfície*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 190.

[135] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. v. III, p. 961.

[136] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 408.

[137] MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. Direito das Coisas. 37. ed. atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3, p. 276.

[138] MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. Direito das Coisas. 37. ed. atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3, p. 282.

[139] Conforme os seguintes autores, que nos serviram de inspiração: DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Direito das Coisas. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4, p. 412-415; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Direito das Coisas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 5, p. 457-459; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. Direito das Coisas. 37. ed. atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3, p. 279-281.

[140] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 959.

[141] Nesse sentido: MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Código Civil comentado*. 6. ed. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1.489; DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, p. 961.

[142] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 964.

[143] Por todos: LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Instituições de direito civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 491-493; MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito civil*. Direito das coisas. 39. ed. São Paulo: 2013. v. 3, p. 348-350; DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Vol. 4. Direito das coisas. 24. ed. São Paulo: Saraiva. v. 4, 2009. p. 436-440; GONÇALVES, Calor Roberto. *Direito civil brasileiro*. Direito das coisas. 5. ed. São

Paulo: Saraiva, 2010. v. 5, p. 484-486.

[144] BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Manual de direito civil*. Direito das Coisas e Responsabilidade Civil. São Paulo: Método, 2005. v. 3, p. 131.

[145] Nesse sentido: DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Direito das Coisas. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4, p. 436-437.

[146] ARONNE, Ricardo. *Código Civil anotado*. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 997.

[147] MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Código Civil comentado*. 6. ed. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1.500.

[148] TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*. Direito das Coisas. 2. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 4, p. 374.

[149] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Direito das Coisas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 5, p. 479.

[150] BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito civil*.. Direito das Coisas e Responsabilidade Civil. São Paulo: Método, 2005. v. 3, p. 133.

[151] VIANA, Marco Aurélio S. Viana. *Comentários ao novo Código Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. XVI, p. 633.

[152] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 969.

[153] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Direitos Reais. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. IV, p. 298.

[154] MELO, Marco Aurélio Bezerra. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 332-333.

[155] ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil anotado*. São Paulo: Método, 2005. p. 706.

[156] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 979.

[157] Conforme conclusões que constam então da obra escrita em coautoria com José Fernando Simão, que traz os entendimentos no mesmo sentido de Carlos Roberto Gonçalves e Sílvio de Salvo Venosa (TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*. Direito das Coisas. 2. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 4, p. 483). Os créditos de pesquisa são do coautor.

[158] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 1.289.

[159] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.002.

[160] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.037.

[161] Conforme opinião constante em: TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*. Direito das Coisas. 2. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 4, p. 504-505. No mesmo sentido, conforme pesquisa constante daquela obra, realizada por José Fernando Simão: Marco Aurélio Bezerra de Melo, Maria Helena Diniz, Carlos Roberto Gonçalves, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald.

[162] LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Código Civil comentado*. 4. ed. São Paulo: Manole, 2010. p. 1.587.

[163] Cf. FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 647-663; DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Direito das Coisas. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5, p. 581-591; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Direito das Coisas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 5, p. 608-613.

[164] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2006. p. 663.

[165] Cf. ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil anotado*. São Paulo: Método, 2005. p. 755.

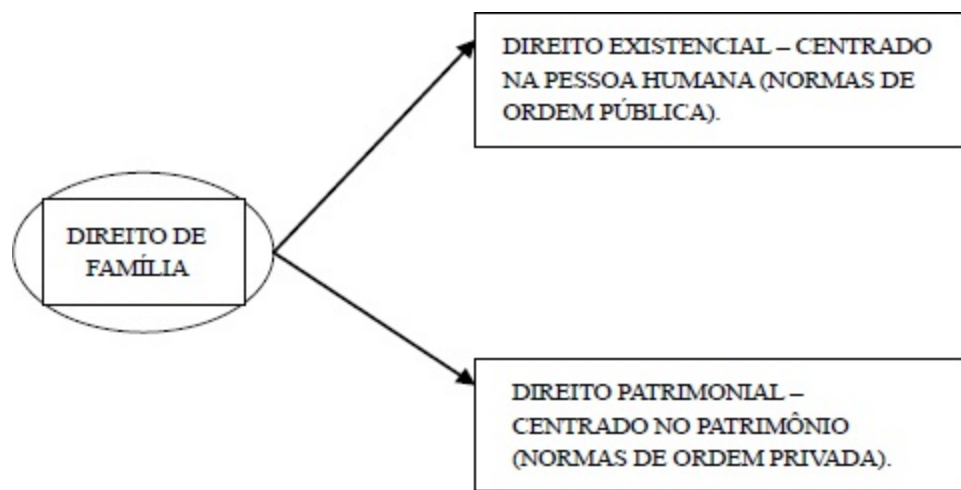
[166] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Direitos Reais. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 941.

[167] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 387.

8

DIREITO DE FAMÍLIA

8.1 CONCEITO DE DIREITO DE FAMÍLIA E SEUS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Tendo como parâmetro os institutos tratados pelo CC/2002, o Direito de Família pode ser conceituado como sendo o ramo do Direito Civil que tem como conteúdo o estudo dos seguintes institutos: *a)* casamento; *b)* união estável; *c)* relações de parentesco; *d)* filiação; *e)* alimentos; *f)* bem de família; *g)* tutela, curatela e guarda. Além desse conteúdo, acrescente-se a investigação das novas manifestações familiares. O Direito de Família contemporâneo pode ser dividido em dois grandes livros, o que consta do CC/2002:

Pelo diagrama, o *Direito Existencial de Família* está baseado na pessoa humana, sendo as normas correlatas de ordem pública ou cogentes. Tais normas não podem ser contrariadas por convenção entre as partes, sob pena de nulidade absoluta da convenção, por fraude à lei imperativa (art. 166, VI, do CC).

Por outra via, o *Direito Patrimonial de Família* tem o seu cerne principal no patrimônio, relacionado a normas de ordem privada ou dispositivas. Tais normas, por óbvio, admitem livremente previsão em contrário pelas partes.

Para ilustrar, é nulo o *contrato de namoro* nos casos em que existe entre as partes envolvidas uma união estável, eis que a parte renuncia por meio desse contrato e de forma indireta a alguns direitos essencialmente pessoais, como é o caso do direito a alimentos. Por outra via, é válido o *contrato de convivência*, aquele que consagra outro regime para a união estável que não seja o da comunhão parcial de bens (art. 1.725 do CC).

Destaque-se que a própria organização do CC/2002, no tocante à família, demonstra essa divisão. Primeiramente, os arts. 1.511 a 1.638 tratam do direito pessoal ou existencial. Por conseguinte, nos arts. 1.639 a 1.722, o Código Privado regulamenta o direito patrimonial e conceitos correlatos. É correto afirmar, na verdade, que essa divisão entre direito patrimonial e direito existencial atinge todo o Direito Privado. Tal organização ainda remete à tendência de *personalização do Direito Civil*, ao lado da sua *despatrimonialização*, uma vez que a pessoa é tratada antes do patrimônio. Perde o patrimônio o papel de ator principal e se torna mero coadjuvante.

O Direito de Família Brasileiro passou por profundas alterações estruturais e funcionais nos últimos anos. Essas transformações podem ser sentidas pelo estudo de seus princípios, muitos deles com previsão na CF/1988, tema que será abordado a partir deste momento.[1]

Anote-se, de início, que muitas das novas ideias expostas na presente obra são capitaneadas pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família. O IBDFAM foi fundado em 1997 por um grupo de estudiosos brasileiros que acreditavam na busca de novas vertentes para o estudo e a compreensão

da família brasileira. Como se verá por este capítulo, a contribuição do IBDFAM é marcante para todas as alterações pelas quais passaram os institutos familiares.

8.1.1 Princípio de proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CF/1988)

Prevê o art. 1.º, III, da CF/1988, que o Estado Democrático de Direito brasileiro tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Trata-se do que se denomina *princípio máximo*, ou *superprincípio*, ou *macroprincípio*, ou *princípio dos princípios*. Diante desse regramento inafastável de proteção da pessoa humana é que está em voga, atualmente, falar em *personalização*, *repersonalização* e *despatrimonialização* do Direito Privado.[2]

Ora, não há ramo do Direito Privado em que a dignidade da pessoa humana tem maior ingerência ou atuação do que o Direito de Família. Por certo que é difícil a conceituação exata do que seja o princípio da dignidade da pessoa humana, por tratar-se de uma cláusula geral, de um conceito legal indeterminado, com variantes de interpretações. Entre muitas construções, é interessante a desenvolvida pelos juristas portugueses Jorge Miranda e Rui de Medeiros:

> "A dignidade humana é da pessoa concreta, na sua vida real e quotidiana; não é de um ser ideal e abstracto. É o homem ou a mulher, tal como existe, que a ordem jurídica considera irredutível, insubsistente e irrepetível e cujos direitos fundamentais a Constituição enuncia e protege".[3]

Em suma, a dignidade humana deve ser analisada a partir da realidade do ser humano em seu contexto social. Ilustrando, pela vivência nacional, o direito à casa própria parece ter relação direta com a proteção da pessoa humana. Isso gera interpretações extensivas para o amparo da moradia. Cite-se o entendimento consolidado do STJ no sentido de que o imóvel em que reside pessoa solteira, separada ou viúva constitui bem de família, sendo, portanto, impenhorável (Súmula 364 do STJ). Firmou-se a premissa que o almejado pela Lei 8.009/1990 é a proteção da pessoa e não de um grupo de pessoas. Ampara-se a própria dignidade humana e o direito constitucional à moradia, direito social e fundamental (art. 6.° da CF/1988).

Como outro exemplo concreto de incidência da dignidade humana nas relações familiares, destaque-se a *tese do abandono paterno-filial* ou *abandono afetivo* (*teoria do desamor)*. Em mais de um julgado, a jurisprudência pátria condenou pais a pagarem indenização aos filhos, pelo abandono afetivo, por clara lesão à dignidade humana. O julgado mais notório é do extinto Tribunal de Alçada Civil de Minas Gerais, no *caso Alexandre Fortes*, cuja ementa é a seguir transcrita:

> "Indenização danos morais. Relação paterno-filial. Princípio da dignidade da pessoa humana. Princípio da afetividade. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico,

deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana" (TAMG, Apelação Cível 408.555-5, 7.ª Câmara de Direito Privado, decisão 01.04.2004, Rel. Unias Silva, v.u.).

Naquela ocasião, reformando a decisão de primeira instância, o pai foi condenado a pagar indenização de duzentos salários-mínimos ao filho por tê-lo abandonado afetivamente. Isso porque, após a separação em relação à mãe do autor da ação, o seu novo casamento e o nascimento da filha advinda da nova união, o pai passou a privar o filho da sua convivência. Entretanto, o pai continuou arcando com os alimentos para sustento do filho, abandonando-o somente no plano do afeto, da convivência. Contudo, a decisão foi reformada pelo STJ, em 29 de novembro de 2005, que afastou a condenação por danos morais, nos seguintes termos:

"Responsabilidade civil. Abandono moral. Reparação. Danos morais. Impossibilidade. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido" (STJ, REsp 757.411/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, votou vencido o Min. Barros Monteiro, que dele não conhecia. Os Ministros Aldir Passarinho Junior, Jorge Scartezzini e Cesar Asfor Rocha votaram com o Ministro relator. Brasília, 29 de novembro de 2005 – data de julgamento).

Em suma, entendeu-se, neste primeiro julgado superior, que não se pode falar em dever de indenizar, pois o pai não está obrigado a conviver com o filho, não havendo ato ilícito no caso descrito. Essa decisão anterior gerou insatisfação em parte considerável da doutrina, caso de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, uma das precursoras da tese pela possibilidade da indenização.[4] Anote-se que a questão do abandono afetivo é uma das mais controvertidas do Direito de Família Contemporâneo.

Na opinião deste autor, é perfeitamente possível a indenização, eis que o pai tem o dever de gerir a educação do filho, conforme o art. 229 da CF/1988 e o art. 1.634 do CC. A violação desse dever pode gerar um ato ilícito, nos termos do art. 186 do CC, se provado o dano à integridade psíquica. Como destacado nas edições anteriores desta obra, já existiam outras decisões de Tribunais Estaduais que concluíam pela possibilidade de reparação civil em casos tais. Assim, já se colacionava acórdão do Tribunal Paulista, que condenou um pai a indenizar um filho pela abstenção de convivência:

"Responsabilidade civil. Dano moral. Autor abandonado pelo pai desde a gravidez da sua genitora e reconhecido como filho somente após propositura de ação judicial. Discriminação em face dos irmãos. Abandono moral e material caracterizados. Abalo psíquico. Indenização devida. Sentença reformada. Recurso provido para este fim" (TJSP, 8.ª Câm. de Direito Privado, Apelação com Revisão 511.903-4/7-00-Marília-SP, Rel. Des. Caetano Lagrasta, j. 12.03.2008, v.u.).

Demonstrando evolução quanto ao assunto, surgiu, no ano de 2012, outra decisão do Superior Tribunal de Justiça em revisão ao acórdão anterior, ou seja, admitindo a reparação civil pelo abandono afetivo (caso *Luciane Souza*). A ementa foi assim publicada por aquele Tribunal Superior

(*Informativo* n. 496 da Corte):

> "Civil e processual civil. Família. Abandono afetivo. Compensação por dano moral. Possibilidade. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/1988. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido" (STJ, REsp 1.159.242/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 24.04.2012, *DJe* 10.05.2012).

Em sua relatoria, a Ministra Nancy Andrighi ressalta, de início, ser admissível aplicar o conceito de dano moral nas relações familiares, sendo discipienda qualquer tipo de discussão a esse respeito, pelos naturais diálogos entre livros diferentes do Código Civil de 2002. Para ela, tal dano moral estaria presente diante de uma obrigação inescapável dos pais em dar auxílio psicológico aos filhos. Aplicando a ideia do cuidado como valor jurídico, Nancy Andrighi deduziu pela presença do ilícito e da culpa do pai pelo abandono afetivo, expondo frase que passou a ser repetida nos meios sociais e jurídicos: "amar é faculdade, cuidar é dever". Concluindo pelo nexo causal entre a conduta do pai que não reconheceu voluntariamente a paternidade de filha havida fora do casamento e o dano a ela causado pelo abandono, a magistrada entendeu por reduzir o *quantum* reparatório que foi fixado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, de R$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais) para R$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

O acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça representa correta concretização jurídica dos princípios da dignidade e da solidariedade; sem perder de vista a função pedagógica que deve ter a responsabilidade civil. Espera-se, assim, que esse último posicionamento prevaleça na nossa jurisprudência, visando a evitar que outros pais abandonem os seus filhos. Conforme entrevista dada ao Jornal *Folha de S. Paulo*, de 5 de maio de 2012, a autora da ação, Luciane Souza, pretendia apenas um mínimo de atenção de seu pai, o que nunca foi alcançado. Diante das perdas imateriais irreparáveis que sofreu, não restava outro caminho que não o da indenização civil.

Cumpre encerrar a abordagem do tema com as palavras de José Fernando Simão, para quem "a indenização muito representa para Luciane e para muitas outras pessoas abandonadas afetivamente. Para Luciane, compensa-se um vazio, já que os danos que sofreu são irreparáveis. O dinheiro não preenche o vazio, mas dá uma sensação de que a conduta lesiva não ficou impune. Para outros filhos

abandonados, nasce a esperança de que poderão receber do Poder Judiciário uma decisão que puna os maus pais, já que o afeto não receberam e nunca receberão”.[5]

8.1.2 Princípio da solidariedade familiar (art. 3.º, I, da CF/1988)

A solidariedade social é reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil pelo art. 3.º, I, da CF/1988, no sentido de construir uma sociedade livre, justa e solidária. Por razões óbvias, esse princípio acaba repercutindo nas relações familiares, eis que a solidariedade deve existir nesses relacionamentos pessoais.

Ser solidário significa responder pelo outro, o que remonta à ideia de solidariedade do direito das obrigações. Quer dizer, ainda, preocupar-se com a outra pessoa. Desse modo, a solidariedade familiar deve ser tida em sentido amplo, tendo caráter afetivo, social, moral, patrimonial, espiritual e sexual.

No que concerne à solidariedade patrimonial, essa foi incrementada pelo CC/2002. Isso porque mesmo o cônjuge culpado pelo fim do relacionamento pode pleitear os *alimentos necessários* – indispensáveis à sobrevivência –, do cônjuge inocente (art. 1.694, § 2.º, do CC). Isso, desde que o cônjuge culpado não tenha condições para o trabalho, nem parentes em condições de prestar os alimentos (art. 1.704, parágrafo único, do CC). Críticas à parte – por ter o atual Código afastado um suposto “direito de vingança” –, as normas merecem elogios, ampliando as responsabilidades que decorrem da escolha do outro consorte. De toda sorte, anote-se que para muitos juristas tais dispositivos não têm mais aplicação, diante da Emenda do Divórcio (EC 66/2010) que ao retirar a separação judicial do sistema jurídico também baniu a discussão da culpa em relação aos alimentos. O tema ainda será aprofundado no presente capítulo.

8.1.3 Princípio da igualdade entre filhos (art. 227, § 6.º, da CF/1988 e art. 1.59 do CC)

Determina o art. 227, § 6.º, da CF/1988 que “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Complementando, o art. 1.596 do CC tem a mesma redação, consagrando ambos os dispositivos o *princípio da igualdade entre filhos*. Esses comandos legais regulamentam especificamente na ordem familiar a isonomia constitucional, ou igualdade em sentido amplo, constante do art. 5.º, *caput*, da CF/1988, um dos princípios do Direito Civil Constitucional.

Está superada antiga discriminação de filhos que constava no art. 332 do CC/1916, cuja lamentável redação era a seguinte: “O parentesco é legítimo, ou ilegítimo, segundo procede, ou não

de casamento; natural, ou civil, conforme resultar de consanguinidade, ou adoção". Esse dispositivo já havia sido revogado pela Lei 8.560/1992, que regulamentou a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento.

Em suma, juridicamente, todos os filhos são iguais perante a lei, havidos ou não durante o casamento. Essa igualdade abrange os filhos adotivos e os havidos por inseminação artificial heteróloga (com material genético de terceiro). Diante disso, não se pode mais utilizar as odiosas expressões *filho adulterino, filho incestuoso, filho ilegítimo, filho espúrio* ou *filho bastardo*. Apenas para fins didáticos utiliza-se o termo *filho havido fora do casamento*, eis que, juridicamente, todos são iguais.

8.1.4 Princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros (art. 226, § 5.º, da CF/1988 e art. 1.511 do CC)

Assim como há a igualdade entre filhos, como outra forma de especialização da isonomia constitucional a lei reconhece a igualdade entre homens e mulheres no que se refere à sociedade conjugal ou convivencial formada pelo casamento ou pela união estável (art. 226, § 3.º, e art. 5.º, I, da CF/1988). Enuncia o art. 1.511 do CC/2002 que "o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges". Por óbvio, essa igualdade deve estar presente na união estável, também reconhecida como entidade familiar pelo art. 226, § 3.º, da CF/1988.

Diante do reconhecimento dessa igualdade, como exemplo prático, o marido ou companheiro pode pleitear alimentos da mulher ou companheira, ou mesmo vice-versa. Além disso, um pode utilizar o nome do outro livremente, conforme convenção das partes (art. 1.565, § 1.º, do CC).

Como outra decorrência do princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros, surge a igualdade na chefia familiar, que pode ser exercida tanto pelo homem quanto pela mulher em um regime democrático de colaboração, podendo inclusive os filhos opinar (conceito de *família democrática*). Substitui-se uma *hierarquia* por uma *diarquia*. Utiliza-se a expressão *despatriarcalização do Direito de Família*, eis que a figura paterna não exerce o poder de dominação do passado. O regime é de companheirismo, não de hierarquia, desaparecendo a ditatorial figura do *pai de família (paterfamilias*), não podendo sequer se utilizar a expressão *pátrio poder*, substituída por *poder familiar*.

No CC/2002, a igualdade de chefia pode ser notada pelo art. 1.631, ao enunciar que durante o casamento ou união estável compete o poder familiar aos pais. Na falta ou impedimento de um deles, o outro exercerá esse poder com exclusividade. Em caso de eventual divergência dos pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer um deles recorrer ao juiz para a solução do desacordo.

8.1.5 Princípio da não intervenção ou da liberdade (art. 1.513 do CC)

Dispõe o art. 1.513 do Código Civil Brasileiro que: "É defeso a qualquer pessoa de direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família". Trata-se de consagração do *princípio da liberdade ou da não intervenção* na ótica do Direito de Família. O princípio é reforçado pelo art. 1.565, § 2.º, da mesma codificação, pelo qual o planejamento familiar é de livre decisão do casal, sendo vedada qualquer forma de coerção por parte de instituições privadas ou públicas em relação a esse direito. Segundo o Enunciado n. 99 do CJF/STJ, da *I Jornada de Direito Civil*, o último dispositivo deve ser aplicado às pessoas que vivem em união estável, o que é óbvio.

Por certo que o princípio em questão mantém relação direta com o princípio da autonomia privada, que deve existir no âmbito do Direito de Família. O fundamento constitucional da autonomia privada é a liberdade, um dos principais atributos do ser humano (art. 1.º, III).

A autonomia privada não existe apenas em sede contratual, mas também na ótica familiar. Quando se escolhe, na *escalada do afeto* (conceito de Euclides de Oliveira), com quem ficar, com quem namorar, com quem noivar, com quem ter uma união estável ou com quem casar, está-se falando em autonomia privada.[6] Quanto ao *ato de ficar*, este é o *primeiro degrau da escalada do afeto*, sendo certo que o STJ já entendeu que tal conduta pode influenciar na presunção de paternidade, principalmente se somada à recusa ao exame de DNA (STJ, REsp 557.365/RO, Rel.ª Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 07.04.2005, *DJ* 03.10.2005, p. 242).

Retornando à análise do art. 1.513 do CC deve-se ter muito cuidado na sua leitura. Isso porque o real sentido do texto legal é que o Estado ou mesmo um ente privado não pode intervir coativamente nas relações de família. Porém, o Estado poderá incentivar o controle da natalidade e o planejamento familiar por meio de políticas públicas. A CF/1988 consagra a paternidade responsável e o planejamento familiar, devendo o Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desses direitos, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais e privadas (art. 226, § 7.º, da CF/1988). Ademais, o Estado deve assegurar a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (art. 226, § 8.º, da CF/1988).

Tudo isso consagra o *princípio da não intervenção*. Porém, é pertinente apontar que esse princípio deve ser lido e ponderado perante outros princípios, como no caso do *princípio do maior interesse da criança e do adolescente*, que se passa a analisar.

8.1.6 Princípio do maior interesse da criança e do adolescente (art. 227, *caput*,

da CF/1988 e arts. 1.583 e 1.584 do CC)

Enuncia o art. 227, *caput*, da CF/1988, com redação dada pela Emenda Constitucional 65, de 13 de julho de 2010, que "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão". Essa proteção é regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), que considera criança a pessoa com idade entre zero e 12 anos incompletos, e adolescente aquele que tem entre 12 e 18 anos de idade. Quanto ao jovem, foi promulgada, depois de longa tramitação, a Lei 12.825/2013, conhecida como Estatuto da Juventude, e que reconhece amplos direitos às pessoas com idade entre 15 e 29 anos de idade, tidas como jovens.

Em reforço, o art. 3.º do próprio ECA determina que "a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da *proteção integral*, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade". Ainda complementando o que consta do Texto Maior, o art. 4.º do ECA preconiza que "é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária".

Na ótica civil, essa proteção integral pode ser percebida pelo princípio de melhor ou maior interesse da criança, ou *best interest of the child*, conforme reconhecido pela Convenção Internacional de Haia, que trata da proteção dos interesses das crianças. O CC/2002, nos seus arts. 1.583 e 1.584, acaba por reconhecer tal princípio, ao regular a guarda durante o poder familiar. Esses dois dispositivos foram substancialmente alterados, inicialmente, pela Lei 11.698, de 13 de junho de 2008, que passou a determinar como regra a guarda compartilhada, a prevalecer sobre a guarda unilateral, aquela em que um genitor detém a guarda e o outro tem a regulamentação de vistas em seu favor. Ampliou-se o sistema de proteção anterior, visando atender ao melhor interesse da criança e do adolescente na fixação da guarda, o que era reconhecido pelos Enunciados ns. 101 e 102 do CJF/STJ, aprovados na *I Jornada de Direito Civil*. Em 2014, tais dispositivos foram novamente alterados pela Lei 13.058, que ainda receberá a devida análise crítica neste capítulo.

Insta esclarecer, de imediato, que na *guarda compartilhada* ou *conjunta* o filho convive com ambos os genitores. De toda sorte, haverá um lar único, não se admitindo, *a priori*, a guarda alternada ou fracionada, em que o filho fica um tempo com um genitor e um tempo com o outro de

forma sucessiva (*guarda da mochila*, pois a criança fica o tempo todo de um lado para outro). A nova lei parece confundir ambos os conceitos, como se verá. Para a efetivação da guarda compartilhada, recomenda-se a medição interdisciplinar, uma vez que ela pressupõe certa harmonia mínima entre os genitores, muitas vezes distante na prática, o que parece não ter sido considerado pela Lei 13.058/2014.

8.1.7 Princípio da afetividade

O afeto talvez seja apontado, atualmente, como o principal fundamento das relações familiares. Mesmo não constando a expressão *afeto* do Texto Maior como sendo um direito fundamental, pode-se afirmar que ele decorre da valorização constante da dignidade humana e da solidariedade. Por isso é que, para fins didáticos, destaca-se o princípio em questão, como fazem Maria Berenice Dias[7] e Paulo Lôbo.[8] Merecem também destaque as palavras da *juspsicanalista* Giselle Câmara Groeninga, para quem, "O papel dado à subjetividade e à afetividade tem sido crescente no Direito de Família, que não mais pode excluir de suas considerações a qualidade dos vínculos existentes entre os membros de uma família, de forma que possa buscar a necessária objetividade na subjetividade inerente às relações. Cada vez mais se dá importância ao afeto nas considerações das relações familiares; aliás, um outro princípio do Direito de Família é o da afetividade".[9]

Do mesmo modo, concluindo que o afeto tem valor jurídico, aponta a Ministra Nancy Andrighi, em brilhante julgado de sua lavra: "A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher, pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes. Deve o juiz, nessa evolução de mentalidade, permanecer atento às manifestações de intolerância ou de repulsa que possam porventura se revelar em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e apaziguamento de possíveis espíritos em conflito. A defesa dos direitos em sua plenitude deve assentar em ideais de fraternidade e solidariedade, não podendo o Poder Judiciário esquivar-se de ver e de dizer o novo, assim como já o fez, em tempos idos, quando emprestou normatividade aos relacionamentos entre pessoas não casadas, fazendo surgir, por consequência, o instituto da união estável. A temática ora em julgamento igualmente assenta sua premissa em vínculos lastreados em comprometimento amoroso" (STJ, REsp 1.026.981/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 04.02.2010, *DJe* 23.02.2010).

A valorização prática do afeto como valor jurídico remonta ao brilhante trabalho de João Baptista Villela, jurista de primeira grandeza, escrito em 1979, tratando da *desbiologização da*

paternidade. Na essência, o trabalho procura dizer que o vínculo familiar constitui mais um vínculo de afeto do que um vínculo biológico. Assim surge uma nova forma de parentesco civil, a *parentalidade socioafetiva*, baseada na *posse de estado de filho:*

> "A paternidade em si mesma não é um fato da natureza, mas um fato cultural. Embora a coabitação sexual, da qual pode resultar gravidez, seja fonte de responsabilidade civil, a paternidade, enquanto tal, só nasce de uma decisão espontânea. Tanto no registro histórico como no tendencial, a paternidade reside antes no serviço e no amor que na procriação. As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso, para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram considerável esforço ao esvaziamento biológico da paternidade. Na adoção, pelo seu caráter afetivo, tem-se a prefigura da paternidade do futuro, que radica essencialmente a ideia de liberdade".[10]

Anote-se que, para a caracterização da posse de estado de filhos, são utilizados os clássicos critérios relativos à posse de estado de casados, conceito que constava do art. 203 do Código Civil de 1916 e que está no art. 1.545 do Código Civil de 2002, conforme ainda será exposto. Da prova de estado de casados igualmente decorre a posse de estado de filhos, principalmente se não houver qualquer documento que possa atestar o vínculo anterior. Os critérios para tal configuração são três.

O primeiro deles é o tratamento (*tractatus*), relativo ao fato de que, entre si e perante a sociedade, as partes se relacionam como se fossem unidas pelo vínculo de filiação, ou seja, como pais e filhos.

A fama ou *reputatio*, segundo critério, constitui uma repercussão desse tratamento, constituindo o reconhecimento geral da situação que se concretiza socialmente. A entidade familiar é analisada de acordo com o meio social, como projeção natural da expressão "base da sociedade", conforme consta do art. 226, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

Por fim, com tom complementar e acessório, há o nome (*nomen*), presente quando a situação fática revela que o declarado filho utiliza o sobrenome do seu suposto pai. Alerte-se que é levado em conta não somente o nome registral civil, mas também o nome social, especialmente nos casos em que o filho é conhecido pelo pai perante a comunidade onde vive, ou vice-versa. De toda sorte, frise-se que esse último elemento não é primordial para que a posse de estado de filhos e a consequente parentalidade socioafetiva estejam reconhecidas.

Aplicando a ideia, ilustrando, se um marido que reconhece como seu o filho de sua mulher, estabelecendo um vínculo de afeto por anos a fio, não poderá, depois de aperfeiçoada a *socioafetividade*, quebrar esse vínculo. Como se diz nos meios populares, "pai é aquele que cria". A situação descrita é denominada juridicamente como "adoção à brasileira".

A defesa de aplicação da *parentalidade socioafetiva*, atualmente, é muito comum entre os doutrinadores do Direito de Família. Prevê o Enunciado n. 103, da *I Jornada de Direito Civil* que: "O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele

decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho". Da mesma *Jornada*, há o Enunciado n. 108 do CJF/STJ: "No fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consanguínea e também a socioafetiva". Em continuidade, da *III Jornada de Direito Civil (2004)*, o Enunciado n. 256: "A posse de estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil".

N a *IV Jornada de Direito Civil*, de 2006, foram aprovados três enunciados doutrinários relativos ao tema. O primeiro, de número 339, prevê que "A paternidade socioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho". O segundo, de número 341, dispõe: "Para os fins do art. 1.696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar". Por fim, foi aprovado o Enunciado n. 336 do CJF/STJ: "O parágrafo único do art. 1.584 aplica-se também aos filhos advindos de qualquer forma de família".

Por igual, na jurisprudência, a adoção da *parentalidade socioafetiva* vem encontrando um crescente de decisões, o que inclui a jurisprudência do STJ (por todos: STJ, REsp 1.088.157/PB, Rel. Min. Massami Uyeda, 3.ª Turma, j. 23.06.2009, *DJe* 04.08.2009 e REsp 234.833/MG, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 4.ª Turma, j. 25.09.2007, *DJ* 22.10.2007, p. 276). O tema ainda será aprofundado quando do estudo das relações de parentesco e da filiação. O que basta no momento é a conclusão de que a afetividade é princípio jurídico, gerando consequências concretas para o Direito Privado, ao contrário do que muitos podem pensar.

8.1.8 Princípio da função social da família (art. 226, *caput*, da CF/1988)

Há algum tempo se afirmava, nas antigas aulas de *educação moral e cívica*, que *a família é a "celula mater" da sociedade*. Apesar de as aulas serem herança do período militar ditatorial, a frase destacada ainda serve como luva no atual contexto, até porque o art. 226, *caput*, da CF/1988, dispõe que a família é a base da sociedade, tendo especial proteção do Estado.

Na doutrina contemporânea, lecionam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho que "a principal função da família e a sua característica de meio para a realização dos nossos anseios e pretensões. Não é mais a família um fim em sim mesmo, conforme já afirmamos, mas, sim, o meio social para a busca de nossa felicidade na relação com o outro".[11]

Desse modo, as relações familiares devem ser analisadas dentro do contexto social e diante das diferenças regionais de cada localidade. A socialidade deve ser aplicada aos institutos de Direito de Família, assim como ocorre com outros ramos do Direito Civil. A título de exemplo, a socialidade

pode servir para fundamentar o parentesco civil decorrente da *paternidade socioafetiva*. Pode servir também para a conclusão de que há outras entidades familiares, caso da união homoafetiva. Isso tudo porque *a sociedade muda, a família se altera e o Direito deve acompanhar essas transformações*.

Em suma, não reconhecer função social à família e à interpretação do ramo jurídico que a estuda é como não reconhecer função social à própria sociedade, premissa que fecha o estudo dos princípios do Direito de Família Contemporâneo.

8.1.9 Princípio da boa-fé objetiva

Após muita reflexão e estudo do tema, resolvemos incluir nesta obra o princípio da boa-fé objetiva como um dos baluartes do Direito de Família brasileiro.

Como visto nesta obra, o Código Civil de 2002 foi construído a partir de três princípios fundamentais: a eticidade, a socialidade e a operabilidade. A eticidade representa a valorização do comportamento ético-socializante, notadamente pela boa-fé objetiva. A socialidade tem relação direta com a função social dos institutos privados, caso da família, o que já foi estudado no tópico anterior. Por fim, a operabilidade tem dois sentidos. O primeiro é de facilitação ou simplicidade dos institutos civis, o que pode ser percebido de várias passagens da codificação. O segundo sentido é de efetividade, o que foi buscado pelo sistema de cláusulas gerais adotado pelo CC/2002, sendo essas *janelas ou molduras* abertas deixadas pelo legislador, para preenchimento pelo aplicador do Direito, caso a caso.[12]

A boa-fé objetiva representa uma evolução do conceito de boa-fé, que saiu do plano da mera intenção – boa-fé subjetiva – para o plano da conduta de lealdade das partes. O Enunciado n. 26, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, define a boa-fé objetiva como a exigência de comportamento leal das partes. Como estudado no Capítulo 5 desta obra, diante de seu desenvolvimento no Direito Alemão, notadamente por autores como Karl Larenz, a boa-fé objetiva está relacionada com os deveres anexos ou laterais de conduta, que são ínsitos a qualquer negócio jurídico, não havendo sequer a necessidade de previsão no instrumento negocial.[13] Reafirme-se que são considerados deveres anexos, entre outros: o dever de cuidado e de respeito, o dever de informar, o dever de agir conforme a confiança depositada, o dever de lealdade e probidade, o dever de colaboração ou cooperação, o dever de agir com honestidade.

Repise-se, em complemento, que, conforme também desenvolvido no Direito Alemão por Staub, a quebra desses deveres anexos gera a violação positiva do contrato ou da obrigação, com responsabilização civil objetiva daquele que desrespeita a boa-fé objetiva. Nesse sentido, no Brasil, o Enunciado n. 24, da *I Jornada de Direito Civil*, *in verbis*: “em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”. Essa responsabilização independentemente de culpa

está amparada igualmente pelo teor do Enunciado n. 363, da *IV Jornada de Direito Civil*, segundo o qual: “Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, estando a parte lesada somente obrigada a demonstrar a existência da violação”.

Pois bem, o que se pretende sustentar neste ponto da obra, é que a boa-fé objetiva tem plena aplicação ao Direito de Família, conforme vem entendendo doutrina e jurisprudência nacionais. Na doutrina, merecem destaque os trabalhos de Anderson Schreiber,[14] Jones Figueirêdo Alves,[15] Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel,[16] Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald.[17]

Da jurisprudência, extrai-se conclusão constante de ementa do Superior Tribunal de Justiça, da lavra da sempre citada Ministra Nancy Andrighi, que “Nas relações familiares, o princípio da boa-fé objetiva deve ser observado e visto sob suas funções integrativas e limitadoras, traduzidas pela figura do *venire contra factum proprium* (proibição de comportamento contraditório), que exige coerência comportamental daqueles que buscam a tutela jurisdicional para a solução de conflitos no âmbito do Direito de Família. Na hipótese, a evidente má-fé da genitora e a incúria do recorrido, que conscientemente deixou de agir para tornar pública sua condição de pai biológico e, quiçá, buscar a construção da necessária paternidade socioafetiva, toma-lhes o direito de se insurgirem contra os fatos consolidados. A omissão do recorrido, que contribuiu decisivamente para a perpetuação do engodo urdido pela mãe, atrai o entendimento de que a ninguém é dado alegrar a própria torpeza em seu proveito (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*) e faz fenecer a sua legitimidade para pleitear o direito de buscar a alteração no registro de nascimento de sua filha biológica” (STJ, REsp 1.087.163/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 18.08.2011, *DJe* 31.08.2011). Como igualmente exposto no Capítulo 3 da obra, o *venire contra factum proprium* veda, no âmbito do Direito Privado, comportamentos tidos como contraditórios.

Como já se extrai do julgado e de toda a doutrina aqui citada, a boa-fé objetiva tem três funções no Código Civil de 2002, plenamente aplicáveis aos institutos familiares. Vejamos, mais uma vez, tais funções e como elas se concretizam no âmbito familiar.

A *primeira função* da boa-fé objetiva é a função de interpretação, retirada do art. 113 do Código Civil, eis que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da sua celebração. Nesse dispositivo, a boa-fé é consagrada como meio auxiliador do aplicador do direito para a interpretação dos negócios, da maneira mais favorável a quem esteja de boa-fé. Como os institutos familiares, caso do casamento, são negócios jurídicos, não haveria qualquer óbice de aplicação dessa função aos institutos em questão, até porque o dispositivo em comento está colocado na Parte Geral da codificação geral privada.

A *segunda função* é a de controle, retirada do art. 187 do CC/2002, uma vez que aquele que contraria a boa-fé objetiva no exercício de um direito comete abuso de direito. Como visto, segundo a doutrina brasileira, consolidada pelo Enunciado n. 37, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, a

responsabilidade civil que decorre do abuso de direito é objetiva, isto é, não depende de culpa, uma vez que o art. 187 do CC adotou o critério objetivo-finalístico. Dessa forma, a quebra ou desrespeito à boa-fé objetiva conduz ao caminho sem volta da responsabilidade independentemente de culpa, seja pelo Enunciado n. 24 ou pelo Enunciado n. 37, ambos da *I Jornada de Direito Civil*. Pelas mesmas razões expostas anteriormente, não há qualquer óbice para aplicação desse comando aos institutos familiares. Muito ao contrário, tem-se afirmado que "a cláusula geral do art. 187 do Código Civil tem fundamento constitucional nos princípios da solidariedade, devido processo legal e proteção da confiança e aplica-se a todos os ramos do direito" (Enunciado n. 414 da *V Jornada de Direito Civil*).

A última função da boa-fé objetiva é a de integração, abstraída do art. 422 do CC, segundo o qual: "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé". Como visto, relativamente à aplicação da boa-fé em todas as fases negociais, foram aprovados dois enunciados doutrinários pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. De acordo com o Enunciado n. 25 do CJF/STJ, da *I Jornada*, "o art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratual". Nos termos do Enunciado n. 170 da *III Jornada*, "A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato". Haveria um óbice formal para a aplicação dessa norma para os institutos familiares, eis que muitos acreditam não se tratarem de institutos contratuais. A propósito do casamento, o tema ainda será exposto no presente capítulo. De qualquer forma, seria ilógico incidir as duas funções anteriores da boa-fé objetiva e não aplicar a presente finalidade, razão pela qual se conclui que o dispositivo deve ser lido com menção aos negociantes e não somente aos contratantes.

Dessa última função de integração é que decorrem os conceitos parcelares da boa-fé, antes estudados caso da *supressio*, da *surrectio*, da máxima *tu quoque*, da *exceptio doli* e do *venire contra factum proprium*, institutos todos abordados e aprofundados no Capítulo 4 deste livro.

Como visto, a *supressio* significa a supressão, por renúncia tácita, de um direito ou de uma posição jurídica, pelo seu não exercício com o passar dos tempos. Ao mesmo tempo em que o credor perde um direito por essa supressão, surge um direito a favor do devedor, por meio da *surrectio*, direito este que não existia juridicamente até então, mas que decorre da efetividade social, de acordo com os costumes.

Em outras palavras, enquanto a *supressio* constitui a perda de um direito ou de uma posição jurídica pelo seu não exercício no tempo, a *surrectio* é o surgimento de um direito diante de práticas, usos e costumes. Ambos os conceitos constituem duas faces da mesma moeda, conforme afirma José Fernando Simão em suas exposições.

Julgados nacionais têm incidido a *supressio* e a *surrectio* aos alimentos, concluindo por sua

renúncia tácita em decorrência do seu não exercício pelo credor em momento oportuno. De início, do Tribunal de Justiça de São Paulo: "Ação de alimentos. Pleito ajuizado por esposa separada de fato. Improcedência da ação. Cabimento. Inércia da autora por aproximadamente seis anos, no exercício do direito de pretender alimentos, acarretou verdadeira *supressio*. Autora, ademais, que admite haver sido auxiliada, neste período, por sua filha. Ausência de demonstração do binômio necessidade/possibilidade. Recurso improvido" (TJSP, Apelação 0004121-24.2008.8.26.0024, Acórdão 6030240, Andradina, 7.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ramon Mateo Júnior, j. 04.07.2012, *DJESP* 30.07.2012).

Do Tribunal Gaúcho, sempre pioneiro, podem ser extraídas as seguintes ementas, com grande relevância prática:

> "Agravo de instrumento. Execução de alimentos. Prisão. Rito artigo 733. Ausência de relação obrigacional pelo comportamento continuado no tempo. Criação de direito subjetivo que contraria frontalmente a regra da boa-fé objetiva. Supressio. Em atenção à boa-fé objetiva, o credor de alimentos que não recebeu nada do devedor por mais de 12 anos permitiu com sua conduta a criação de uma legítima expectativa no devedor e na efetividade social de que não haveria mais pagamento e cobrança. A inércia do credor em exercer seu direito subjetivo de crédito por tão longo tempo, e a consequente expectativa que esse comportamento gera no devedor, em interpretação conforme a boa-fé objetiva, leva ao desaparecimento do direito, com base no instituto da supressio. Precedentes doutrinários e jurisprudenciais. No caso, o filho deixou de exercer seu direito a alimentos, por mais de 12 anos, admitindo sua representante legal que a paternidade e auxílio econômico ao filho era exercido pelo seu novo esposo. Caso em que se mostra ilegal o Decreto prisional com base naquele vetusto título alimentar. Deram provimento. Unânime" (TJRS, Agravo de Instrumento 156211-74.2011.8.21.7000, Canoas, 8.ª Câmara Cível, Rel. Des. Rui Portanova, j. 18.08.2011, DJERS 24.08.2011).

> "Apelação cível. Embargos à execução de alimentos. Ausência de relação obrigacional pelo comportamento continuado no tempo. Criação de direito subjetivo que contraria frontalmente a regra da boa-fé objetiva. *Supressio*. Extinção material do vínculo de mútua assistência. Os atos e negócios jurídicos devem ser efetivados e interpretados conforme a boa-fé objetiva, e também encontram limitação nela, se a contrariarem. Inteligência dos artigos 113, 187 e 422 do Código Civil. Em atenção à boa-fé objetiva, o credor de alimentos que não recebeu nada do devedor por mais de 20 anos permitiu com sua conduta a criação de uma legítima expectativa – no devedor e na efetividade social – de que não haveria mais pagamento e cobrança. A inércia do credor em exercer seu direito subjetivo de crédito por tão longo tempo, e a consequente expectativa que esse comportamento gera no devedor, em interpretação conforme a boa-fé objetiva, leva ao desaparecimento do direito, com base no instituto da *supressio*. Precedentes doutrinários e jurisprudenciais. No caso, a exequente/embargada – por longos 24 anos – não recebeu alimentos do seu falecido pai e sequer buscou cobrar o débito. Caso em que deve ser mantida a sentença que extinguiu a execução, em razão da perda da eficácia do título de alimentos executado. Negaram provimento" (TJRS, Apelação Cível 70033073628, São Leopoldo, 8.ª Câmara Cível, Rel. Des. Rui Portanova, j. 03.12.2009, *DJERS* 11.12.2009, p. 85).

O último julgado tem o mérito de demonstrar as três funções da boa-fé objetiva, relacionando-as aos institutos familiares, conforme aqui foi proposto. De toda sorte, pode surgir argumento de que os alimentos envolvem ordem pública, devendo prevalecer sobre a boa-fé objetiva. Em verdade, conforme outrora demonstrado, a boa-fé objetiva também é princípio de ordem pública (Enunciado n. 363 da *IV Jornada de Direito Civil*), concluindo os julgadores por sua prevalência nos casos expostos.

Em relação ao *venire contra factum proprium*, lembre-se, mais uma vez, que se trata da vedação do comportamento contraditório, conforme a dicção do Enunciado n. 362 da *IV Jornada de Direito Civil*: "A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil". Como se extrai do acórdão do Superior Tribunal de Justiça antes transcrito, há plena inserção do conceito ao campo do Direito de Família, sem prejuízo de outras menções nos capítulos posteriores deste livro.

Todas essas aplicações demonstram que, realmente, a boa-fé objetiva é um dos pilares do Direito de Família Contemporâneo. Em outros trechos deste capítulo a conclusão do surgimento de mais um princípio a estruturar a matéria restará confirmada.

8.2 CONCEPÇÃO CONSTITUCIONAL DE FAMÍLIA

A Constituição Federal de 1988 tem um capítulo próprio que trata da família, da criança, do adolescente e do idoso (*Capítulo VII, do Título VIII – Da Ordem Social*). Interpretando-se um dos dispositivos constantes desse capítulo, o art. 226 do Texto Maior, pode-se dizer que a família é decorrente dos seguintes institutos:

a) Casamento civil, sendo gratuita a sua celebração e tendo efeito civil o casamento religioso, nos termos da lei (art. 226, §§ 1.º e 2.º).

b) União estável entre homem e mulher, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento (art. 226, § 3.º).

c) Família monoparental, comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4.º).

Tem prevalecido, na doutrina e na jurisprudência, o entendimento pelo qual o *rol constitucional familiar* é exemplificativo (*numerus apertus*) e não taxativo (*numerus clausus*).[18] Assim sendo, são admitidas outras manifestações familiares, caso das categorias a seguir:

d) Família anaparental, expressão criada por Sérgio Resende de Barros, que quer dizer família sem pais.[19] Ilustrando a aplicação do conceito, o STJ entendeu que o imóvel em que residem duas irmãs solteiras constitui bem de família, pelo fato delas formarem uma família (STJ, REsp 57.606/MG, Rel. Min. Fontes de Alencar, 4.ª Turma, j. 11.04.1995, *DJ* 15.05.1995, p. 13.410).

e) Família homoafetiva, constituída por pessoas do mesmo sexo, tendo sido a expressão *união homoafetiva* criada e difundida por Maria Berenice Dias.[20] Como é notório, decisão histórica do Supremo Tribunal Federal, do dia 5 de maio de 2011, reconheceu por unanimidade a união homoafetiva como entidade familiar, o que representou uma grande revolução no sistema jurídico nacional (ver publicação no *Informativo* n. *625*, julgamento da ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF). A decisão compara a união homoafetiva à união estável, para todos os fins jurídicos, tendo efeito vinculante e *erga omnes*. O tema ainda será aprofundado no presente capítulo da obra.

f) Família mosaico ou pluriparental, aquela decorrente de vários casamentos, uniões estáveis ou mesmo simples

relacionamentos afetivos de seus membros. Utiliza-se o símbolo do *mosaico*, diante de suas várias cores, que representam as várias origens. Ilustrando, *A* já foi casado por três vezes, tendo um filho do primeiro casamento, dois do segundo e um do terceiro. *A*, dissolvida a última união, passa a viver em união estável com *B*, que tem cinco filhos: dois do primeiro casamento, um do segundo, um do terceiro e um de união estável também já dissolvida.

Na esteira do entendimento de inclusão e alargamento de proteção, leis recentes trazem conceitos ampliados de família, havendo séria dúvida se tais construções devem ser utilizadas apenas nos limites das próprias legislações ou para todos os efeitos jurídicos. Vejamos:

– A *Lei Maria da Penha* (Lei 11.340/2006) dispõe no seu art. 5.º, II, que se deve entender como família a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa.

– A Nova Lei da Adoção (Lei 12.010/2009) consagra o conceito de *família extensa ou ampliada*, que vem a ser aquela que se estende para além da unidade de pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade (alteração do art. 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/1990).

Como se pode notar, as novas categorias legais valorizam o afeto, a interação existente entre as pessoas no âmbito familiar. Destaque-se que a tendência é a de que tais construções sejam utilizadas em todos os âmbitos, em um sentido de complementaridade com as outras leis. Ambos os conceitos legais podem servir perfeitamente para conceituar a família contemporânea.

8.3 DO CASAMENTO (ARTS. 1.511 A 1.590 DO CC)

8.3.1 Conceito, natureza jurídica e princípios

O casamento pode ser conceituado como a união de duas pessoas, reconhecida e regulamentada pelo Estado, formada com o objetivo de constituição de uma família e baseado em um vínculo de afeto. Vejamos outros três conceitos da doutrina contemporânea:

– Maria Helena Diniz – “O casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher, livres, que se unem, segundo as formalidades legais, para obter o auxílio mútuo e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica, e a constituição de uma família”.[21]

– Paulo Lôbo – “O casamento é um ato jurídico negocial, solene, público e complexo, mediante o qual um homem e uma mulher constituem família por livre manifestação de vontade e pelo reconhecimento do Estado”.[22]

– Guilherme Calmon Nogueira da Gama – “união formal entre um homem e uma mulher desimpedidos, como vínculo formador e mantenedor de família, constituída mediante negócio jurídico solene e complexo, em conformidade com a ordem jurídica, estabelecendo comunhão plena de vida, além de efeitos pessoais e patrimoniais entre os cônjuges, com

reflexos em outras pessoas”.[23]

Apesar da menção aos sexos distintos, retirada do conceito clássico de casamento, deve ficar claro que a tendência é o reconhecimento do casamento homoafetivo, ou seja, entre pessoas do mesmo sexo. O tema ainda será aprofundado no presente capítulo.

Substancialmente três são as correntes que procuram apontar a natureza jurídica do casamento:

– *Teoria institucionalista:* o casamento é uma *instituição*, tese sustentada, entre outros, por Maria Helena Diniz[24] e Rubens Limongi França.[25] Há nessa corrente uma forte carga moral e religiosa.

– *Teoria contratualista:* o casamento é um contrato de natureza especial, e com regras próprias de formação, corrente encabeçada por Silvio Rodrigues.[26] Essa visão é adotada pelo Código Civil português, no seu art. 1.577. “Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código”.

– *Teoria mista ou eclética:* o casamento é uma instituição quanto ao conteúdo e um contrato especial quanto à formação. Essa visão é seguida por doutrinadores como Eduardo de Oliveira Leite,[27] Guilherme Calmon Nogueira da Gama,[28] Flávio Augusto Monteiro de Barros[29] e Roberto Senise Lisboa.[30]

Das três correntes expostas, filia-se à terceira. Na verdade, as duas últimas correntes até parecem se confundir, eis que há na segunda visão um *contrato especial*. Na verdade, o que não se pode admitir é que haja no casamento um contrato puro, pois, como visto, a ideia de contrato que ainda prevalece o relaciona a um conteúdo patrimonial (vide o art. 1.321 do Código Civil Italiano). Como é cediço, não há no casamento a busca da *patrimonialidade*, mas, muito mais do que isso, de uma comunhão plena de vida (art. 1.511 do CC).

Por isso, é mais pertinente afirmar que o casamento constitui um *negócio jurídico especial*, com regras próprias de constituição e princípios específicos que, *a priori*, não existem no campo contratual:

– *Princípio da monogamia* – pode ser retirado do art. 1.521, VI, do CC, uma vez que não podem casar as pessoas casadas; o que constitui um impedimento matrimonial a gerar a nulidade absoluta do casamento (art. 1.548, II, do CC).

– *Princípio da liberdade de escolha, como exercício da autonomia privada* – salvo os impedimentos matrimoniais, há livre escolha da pessoa do outro cônjuge como manifestação da liberdade individual, princípio esse retirado do art. 1.513 do CC.

– *Princípio da comunhão plena de vida, regido pela igualdade entre os cônjuges* – Retirado do art. 1.511 do CC/2002, segundo o qual “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”. Tal regramento pode ainda ser retirado do art. 1.565 do CC, ao enunciar que “pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família”.

Sendo negócio jurídico, é possível e viável juridicamente aplicar ao casamento as regras referentes à teoria geral do negócio jurídico previstas na Parte Geral do CC/2002. Isso, desde que não exista regra específica no seu tratamento na Parte Especial. Ilustrando, em relação à nulidade e anulabilidade do casamento, devem ser observadas as regras especiais relativas à sua invalidade (arts. 1.548 a 1.564 do CC). Em caso de ausência de norma sobre um caso específico de invalidade, é possível socorrer-se à Parte Geral.

A natureza especial do casamento como negócio jurídico também pode ser retirada do estudo da capacidade matrimonial e dos impedimentos, temas a seguir abordados.

8.3.2 Capacidade para o casamento, impedimentos matrimoniais e causas suspensivas do casamento

Como bem se afirma doutrinariamente, não se pode confundir a incapacidade para o casamento com os impedimentos matrimoniais.[31] Isso porque a incapacidade é geral, impedindo que a pessoa se case com qualquer um que seja. Já os impedimentos matrimoniais atingem determinadas pessoas, em situações específicas. Em outras palavras, os impedimentos envolvem a *legitimação*, que é a capacidade especial para celebrar determinado ato ou negócio jurídico.

Ponto que merece crítica é que o CC/2002 não traz um rol específico a respeito das pessoas capazes (ou incapazes) de casar, tratando apenas da idade mínima para casar (art. 1.517). *De lege ferenda*, esse rol sequer consta do Projeto de Lei 470/2013, conhecido como Estatuto das Famílias do IBDFAM, que pretende descodificar tal matéria, tratando-a em separado, em lei especial. Todavia, mostrando certa evolução, o texto do Estatuto enuncia que os relativamente incapazes necessitam de autorização de ambos os pais ou de seus representantes legais.

Pois bem, como não há regras específicas a respeito da capacidade para o casamento, é preciso socorrer-se à Parte Geral do CC/2002, em complemento ao que consta do seu art. 1.517. Assim sendo, são incapazes para o casamento:

– Os menores que ainda não atingiram a idade núbil, que é de 16 anos, tanto para homem quanto para mulher (art. 1.517 do CC).

– Os enfermos e doentes mentais sem discernimento para a prática dos atos da vida civil (art. 3.º, II, do CC).

– As pessoas que por causa transitória ou definitiva não puderem exprimir vontade (art. 3.º, III, do CC).

Em complemento, nos termos do art. 1.517, *caput*, o homem e a mulher em idade núbil, com 16 anos completos, podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil (18 anos). Em havendo divergência entre os pais, a

questão será levada ao juiz, que decidirá de acordo com o caso concreto, sempre buscando a proteção integral do menor e da família (art. 1.517, parágrafo único, do CC). Conforme esclarecedor enunciado aprovado na *V Jornada de Direito Civil*, em 2011, "O artigo 1.517 do Código Civil, que exige autorização dos pais ou responsáveis para casamento, enquanto não atingida a maioridade civil, não se aplica ao emancipado" (Enunciado n. 512).

A autorização especial para o casamento pode ser revogada pelos pais, tutores ou curadores até a celebração do casamento (art. 1.518 do CC). Se a denegação do consentimento for injusta, esta pode ser suprida pelo juiz, sempre em busca da proteção integral do menor e da família (art. 1.519 do CC). Anote-se que havendo a necessidade desse suprimento, o casamento será celebrado pelo regime da separação obrigatória de bens (art. 1.641, III, do CC).

O art. 1.520 do CC traz questão polêmica, diante de duas novas leis, a Lei 11.106/2005 e a Lei 12.015/2009. É a redação do dispositivo do Código Civil em comento: "Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (art. 1.517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez".

A polêmica teve início com a entrada em vigor da Lei 11.106/2005, que afastou a extinção da punibilidade nos casos de estupro presumido (art. 107, VII e VIII, do CP), ou seja, na hipótese de alguém manter uma relação sexual com uma criança ou adolescente com idade inferior a 14 anos, e depois se casar com ela. Como não se poderia falar mais em extinção da punibilidade com a novel legislação, muitos doutrinadores já passaram a entender que o art. 1.520 do CC estaria revogado na parte que tratava da extinção da pena criminal.[32]

Todavia, escrevendo em coautoria com José Fernando Simão, sustentávamos a não derrogação do dispositivo, pois a questão deveria ser analisada caso a caso. Isso porque a ação penal em casos tais era privada, podendo o casamento autorizado judicialmente funcionar como perdão tático do crime, desde que a menor demonstrasse discernimento bastante para tanto. Entendíamos que, por tal caminho, o Direito de Família prevaleceria sobre o Direito Penal, incidindo o princípio da *função social da família*.[33]

A ilustrar, no caso de um rapaz de 18 anos que tivesse relação sexual com uma menina de 13 anos, sua anterior namorada desde os tempos em que era menor, vindo essa a engravidar, poderia o casamento ser autorizado. Com isso, evitar-se-ia a prisão do pai da criança, prevalecendo o vínculo familiar. Por óbvio, em outras situações tal casamento não poderia ser autorizado em hipótese alguma (*v.g.*, um homem de 60 anos que tem relação sexual com uma menina de 12 anos). Propondo essa análise casuística, na *IV Jornada de Direito Civil*, aprovou-se o Enunciado n. 329, *in verbis*: "A permissão para casamento fora da idade núbil merece interpretação orientada pela dimensão substancial do princípio da igualdade jurídica, ética e moral entre o homem e a mulher, evitando-se, sem prejuízo do respeito à diferença, tratamento discriminatório".

Em 7 de agosto de 2009 surge a Lei 12.015, encerrando o debate anterior, pois não é mais possível o casamento da menor com aquele que cometeu o crime. Na espécie foi introduzido o tipo do *estupro de vulnerável* (art. 217-A do Código Penal), sendo a ação penal correspondente pública incondicionada (art. 225, parágrafo único, do CP). Desse modo, não sendo mais a ação penal privada, não pode o casamento funcionar como forma de perdão tácito do crime, conforme outrora era defendido. Ademais, o conceito de vulnerabilidade é jurídico, encerrando uma presunção absoluta que não pode ser mitigada. Em suma, a nova lei coloca o Direito Penal em posição de prestígio em relação ao Direito de Família, o que é lamentável em algumas situações.

A esse propósito, entendem Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, a quem se filia que "as especificidades do caso concreto poderão determinar solução diversa. Verificando o juiz ter havido namoro sério, numa ambiência psicológica de maturidade inequívoca das partes envolvidas, especialmente a incapaz (e isso não é incomum nos dias de hoje) e concorrendo, ainda, a anuência dos pais, poder-se-ia, em tese reconhecer a atipicidade do fato criminoso, o que justificaria, por consequência, a autorização para casar. Faltaria, nessa linha de intelecção, justa causa para a própria ação penal passível, portanto de trancamento".[34]

Superada essa delicada questão, parte-se à abordagem dos impedimentos matrimoniais, sendo certo que o CC/2002 inovou substancialmente no tocante à matéria. Como é notório, o art. 183 do CC/1916 trazia em seus dezesseis incisos, de forma concentrada e confusa, todos os impedimentos. Com tom didático, diante da operabilidade (simplicidade), a codificação civil trata apenas de *uma espécie* de impedimento e não mais de impedimentos absolutos, relativos e impedientes (*três espécies*). Vejamos o quadro comparativo a seguir:

Código Civil de 1916	Código Civil de 2002
Impedimentos dirimentes públicos ou absolutos (art. 183, I a VIII) – gerava o casamento nulo.	Impedimentos matrimoniais (art. 1.521) – casamento nulo.
Impedimentos dirimentes privados ou relativos (art. 183, IX a XII) – gerava o casamento anulável.	Causas de anulabilidade (art. 1.550) – casamento anulável.
Impedimentos impedientes (art. 183, XIII a XVI) – gerava o casamento irregular.	Causas suspensivas (art. 1.523) – apenas impõem sanções aos cônjuges.

Tendo como parâmetro o CC/2002, parte-se ao estudo dos impedimentos matrimoniais e das causas suspensivas do casamento, de forma sucessiva.

a) Impedimentos matrimoniais (art. 1.521 do CC)

O art. 1.521 do CC traz um rol taxativo de pessoas que não podem casar, em situações que envolvem a ordem pública. Assim, não podem casar:

→ *Os ascendentes com os descendentes até o infinito (impedimento decorrente de parentesco consanguíneo)*. Ilustrando, o filho não pode casar com a mãe, o neto com a avó, o bisneto com a bisavó, o trineto com a trisavó e assim sucessivamente, até o infinito. Duas são as razões do impedimento: 1.º) *Razão moral* – evitar o *incesto* (relações sexuais entre pessoas da mesma família); 2.º) *Razão biológica* – evitar problemas congênitos à prole, comuns em casos tais.

→ *Os colaterais até terceiro grau, inclusive (impedimento decorrente de parentesco consanguíneo), pelas mesmas razões acima*. Não podem se casar os irmãos, que são colaterais de segundo grau, sejam bilaterais (mesmo pai *e* mesma mãe) ou unilaterais (mesmo pai *ou* mesma mãe). Também não podem casar os tios e sobrinhas, tias e sobrinhos (colaterais de terceiro grau). Porém, segundo o entendimento majoritário, continua em vigor o Decreto-lei 3.200/1941, que autoriza o casamento entre tios e sobrinhos se uma junta médica apontar que não há risco biológico (nesse sentido: Enunciado n. 98 do CJF/STJ). Esse casamento é denominado *avuncular*.[35]

→ *Os afins em linha reta (impedimento decorrente de parentesco por afinidade)*. Nos termos do art. 1.595 do CC, há parentesco por afinidade entre um cônjuge (ou companheiro) e os parentes do outro consorte (ou convivente). O impedimento, por razão moral, existe apenas na afinidade em linha reta até o infinito (sogra e genro, sogro e nora, padrasto e enteada, madrasta e enteado, e assim sucessivamente). Os cunhados podem se casar, depois de terminado o casamento, pois são parentes afins colaterais. Destaque-se que o CC/2002 inovou ao reconhecer a afinidade em decorrência da união estável. Anote-se ainda que o vínculo por afinidade na linha reta é perpétuo, sendo mantido mesmo nos casos de dissolução do casamento ou da união estável (art. 1.595, § 2.º, do CC). Por isso, em tom jocoso, afirma-se que *sogra é para a vida inteira*.

→ *O adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; os ascendentes e descendentes em casos envolvendo a adoção; o adotado com o filho do adotante (impedimentos em decorrência do parentesco civil formado pela adoção)*. Vale a máxima pela qual *a adoção imita a família consanguínea*. Sendo assim, até por ausência de previsão legal, o adotado pode se casar com a irmã do adotante, pois esta seria como se sua tia fosse. Como visto, não há esse impedimento na família natural se uma junta médica afastar os problemas congênitos à prole, que aqui não estarão presentes.

→ *As pessoas casadas (impedimento decorrente de vínculo matrimonial*). O atual Código continua consagrando o *princípio da monogamia para o casamento*. Mesmo sendo tratada como impedimento matrimonial – e assim deve ser visualizada como categoria jurídica criada pela lei –, a hipótese parece ser de incapacidade matrimonial. Isso porque a pessoa casada não pode contrair matrimônio com qualquer um que seja.[36]

→ *O cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte (impedimento decorrente de crime)*. Tal impedimento somente nos casos de crime doloso e havendo trânsito em julgado da sentença penal condenatória.[37] Ilustrando, se o casamento ocorre no curso do processo criminal, será reputado válido, pois quando da celebração não havia a limitação à autonomia privada. Em reforço, incide o princípio da presunção da inocência. O casamento permanece válido, mesmo no caso de sentença penal transitada em julgado superveniente, ou seja, posterior ao matrimônio, o que demonstra a reduzida aplicação prática da previsão, que deve ser extinta, conforme o Estatuto das Famílias (PL 470/2013).

Em relação aos efeitos, os impedimentos matrimoniais impossibilitam a celebração do casamento mediante procedimento administrativo que corre perante o Cartório de Registro das Pessoas Naturais (arts. 1.529 e 1.530 do CC). A sua oposição poderá ocorrer até o momento da celebração, por qualquer pessoa capaz (art. 1.522 do CC). Caso o oficial do registro ou qualquer juiz tenha conhecimento do impedimento, deverá reconhecê-lo de ofício (*ex officio*). Caso o casamento seja celebrado, será ele nulo de pleno direito, havendo nulidade absoluta (art. 1.548, II, do CC).

b) Causas suspensivas do casamento (art. 1.523 do CC)

As causas suspensivas do casamento são situações de menor gravidade, relacionadas a questões patrimoniais e de ordem privada. Não geram a nulidade absoluta ou relativa do casamento, mas apenas impõem sanções patrimoniais aos cônjuges. A sanção principal é o regime da separação legal ou obrigatória de bens (art. 1.641, I, do CC). O art. 1.523 do CC/2002 faz uma recomendação, prevendo que não devem casar:

→ *Viúvo ou viúva que tiver filho do cônjuge falecido enquanto não fizer o inventário dos bens do casal com a respectiva partilha, para evitar confusão patrimonial*. Além da imposição do regime da separação obrigatória de bens, essa causa suspensiva gera uma *segunda sanção*, qual seja a imposição de uma *hipoteca legal* a favor dos filhos sobre os bens imóveis dos pais que passarem a outras núpcias antes de fazerem o inventário do cônjuge falecido (art. 1.489, II, do CC). Se o filho for apenas do cônjuge falecido, ou seja, não for filho do viúvo ou viúva que pretende se casar novamente, não se impõe a causa suspensiva ao cônjuge sobrevivente, pois se trata de limitação da autonomia privada que somente pode decorrer de lei, não admitindo interpretação extensiva ou analogia. O mesmo ocorre se o filho for apenas daquele que pretende se casar.

→ *Viúva ou mulher cujo casamento se desfez por nulidade absoluta ou relativa até dez meses depois do começo da viuvez ou da dissolução da sociedade conjugal*. O objetivo é evitar confusões sobre a paternidade do filho que nascer nesse espaço temporal (*turbatio* ou *confusio sanguinis*), Com os avanços da medicina, esta causa suspensiva tende a desaparecer, pois se busca cientificamente a realização de um exame que demonstre a parentalidade da criança via exame de DNA, sem que isso ofereça riscos à prole e à sua mãe.

→ *O divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal, o que também visa a evitar confusões quanto ao patrimônio*. Essa previsão foi incluída no CC/2002, uma vez que o divórcio pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens, o que abrange o divórcio extrajudicial (art. 1.581). Anote-se que a lei exige apenas a homologação ou decisão da partilha e não a sua efetivação em si.

→ *Tutor e curador e seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessada a tutela ou curatela, ou não estiverem saldadas as respectivas contas prestadas*. A razão é moral, pois, supostamente, o tutor ou o curador poderia induzir o tutelado ou o curatelado a erro, diante de uma relação de confiança, o que geraria repercussões patrimoniais.

Em todas as hipóteses, enuncia o parágrafo único do art. 1.523 que desaparece a causa suspensiva se for provada a ausência de prejuízo aos envolvidos. Exemplificando, sendo demonstrada a ausência de gravidez ou o nascimento de filho no caso do inc. II, a causa suspensiva é afastada. Ainda, no caso do inc. I, sendo elaborado um *inventário negativo*, inclusive extrajudicialmente (Lei 11.441/2007), apontando que aquele casal dissolvido não tinha bens, do mesmo modo cessa a causa suspensiva. Destaque-se que a Resolução n. 35/2007 do CNJ (Conselho Nacional de Justiça) enuncia em seu art. 28 a possibilidade do inventário negativo por escritura pública.

Cumpre anotar que o CC/2002 não faz menção ao impedimento impediente que constava do art. 183, XVI, do CC/1916, qual seja, o que obstava o casamento do “juiz, ou escrivão e seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com órfão ou viúva, da circunscrição territorial onde um ou outro tiver exercício, salvo licença especial da autoridade judiciária superior”. A previsão supostamente se justificava, pois o órfão ou a viúva poderia ter um sentimento de paixão avassaladora pelo juiz ou escrivão de forma a viciar a sua vontade ao casar. Não resta a

menor dúvida que a norma perdeu totalmente o seu sentido.

A respeito da arguição das causas suspensivas, essa somente pode ser realizada por parentes em linha reta de um dos cônjuges, consanguíneos ou afins (pais, avós, sogros, pais dos sogros etc.) e pelos colaterais em segundo grau, consanguíneos ou afins (irmãos ou cunhados). Essa a regra do art. 1.524 do CC, que demonstra o interesse particular em relação à categoria. Como consequência, as causas suspensivas não podem ser conhecidas de ofício por eventual juiz ou pelo oficial do registro civil. Em complemento, pelo teor do Enunciado n. 330 da *IV Jornada de Direito Civil*, o direito de alegar a causa suspensiva ainda deve atingir os parentes civis: "As causas suspensivas da celebração do casamento poderão ser arguidas inclusive pelos parentes em linha reta de um dos nubentes e pelos colaterais em segundo grau, por vínculo decorrente de parentesco civil".

Por fim, adiante-se que desaparecendo o motivo de imposição da causa suspensiva, justifica-se a ação de alteração de regime de bens, a ser proposta por ambos os cônjuges (art. 1.639, § 2.º, do CC). Nesse sentido, o Enunciado n. 262 do CJF/STJ, da *III Jornada de Direito Civil*: "A obrigatoriedade da separação de bens, nas hipóteses previstas nos incs. I e III do art. 1.641 do Código Civil, não impede a alteração do regime, desde que superada a causa que o impôs". Essa premissa vem sendo muito bem aplicada pela jurisprudência nacional (STJ, REsp 821.807/PR, 3.ª Turma, Rel.ª Min. Fátima Nancy Andrighi, j. 19.10.2006, *DJU* 13.11.2006, p. 261; TJSP, Apelação sem Revisão 552.439.4/9, Acórdão 2630948, São Vicente, 3.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Beretta da Silveira, j. 27.05.2008, *DJESP* 28.07.2008).

8.3.3 Do processo de habilitação e da celebração do casamento. Modalidades especiais de casamento quanto à sua celebração

É notório que o casamento é um negócio jurídico formal e solene, relacionado com um procedimento de habilitação prévio cheio de detalhes e solenidades. Do mesmo modo, em relação à celebração, a norma jurídica impõe uma série de requisitos. Vejamos, de forma pontual e detalhada.

De início, o art. 1.525 do CC prescreve que "o requerimento de habilitação para o casamento será firmado por ambos os nubentes, de próprio punho, ou, a seu pedido, por procurador, instruído com os seguintes documentos:

→ Certidão de nascimento ou documento equivalente;

→ Autorização por escrito das pessoas sob cuja dependência legal estiverem, ou ato judicial que a supra;

→ Declaração de duas testemunhas maiores, parentes ou não, que atestem conhecê-los e afirmem não existir impedimento que os iniba de casar;

→ Declaração do estado civil, do domicílio e da residência atual dos contraentes e de seus pais, se forem conhecidos;

→ Certidão de óbito do cônjuge falecido, de sentença declaratória de nulidade ou de anulação de casamento, transitada em

julgado, ou do registro da sentença de divórcio.

Nos termos da *redação original* do art. 1.526, esse processo de habilitação seria realizado perante o oficial do Registro Civil e, após a audiência do Ministério Público, seria homologado pelo juiz. A norma foi recentemente alterada pela Lei 12.133/2009, passando a ter a seguinte redação:

> "Art. 1.526. A habilitação será feita pessoalmente perante o oficial do Registro Civil, com a audiência do Ministério Público.
>
> Parágrafo único. Caso haja impugnação do oficial, do Ministério Público ou de terceiro, a habilitação será submetida ao juiz".

A modificação do texto vai ao encontro aos *clamos doutrinários*, no sentido de dispensar, em regra, a atuação do juiz para tal habilitação. Nessa linha, destaque-se o Enunciado n. 120 do CJF/STJ, da *I Jornada de Direito Civil*, pelo qual "deverá ser suprimida a expressão 'será homologada pelo juiz' no art. 1.526, o qual passará a dispor: 'Art. 1.526. A habilitação de casamento será feita perante o oficial do Registro Civil e ouvido o Ministério Público'". Em suma, segue-se a tendência de *desjudicialização*, de *fuga do Poder Judiciário* para se resolver algumas questões, inclusive formais. Sintetizando a nova norma, aponta Mário de Carvalho Camargo Neto:

> "1. Apenas será necessária a homologação do juiz nas habilitações para casamento que forem impugnadas;
> 2. O objetivo desta alteração é a simplificação dos procedimentos, a *desjudicialização* e a desburocratização;
> 3. A simplificação atende à demanda social, viabilizando a formalização das uniões conjugais;
> 4. A nova lei não altera o Ato nº 289/2002 do PGJ/CGMP/CPJ do Estado de São Paulo, podendo ser dispensada a audiência do Ministério Público;
> 5. A habilitação pode ser feita por meio de procurador, sendo esta a melhor interpretação do novo texto;
> 6. A mudança reconhece a atividade do registrador civil como profissional do direito, dotado de fé pública e submetido ao princí
> da legalidade, deixando a este a atribuição de verificar o atendimento à lei.[38]"

Superada essa questão, estando a documentação em ordem, o oficial extrairá o edital, que se afixará durante 15 dias nas circunscrições do Registro Civil de ambos os nubentes, e, obrigatoriamente, se publicará na imprensa local, se houver (art. 1.527 do CC). Trata-se da *publicação dos proclamas do casamento*, formalidade considerada em regra como essencial, mas que poderá ser dispensada pela autoridade competente pela homologação do casamento em casos de urgência (art. 1.527, parágrafo único, do CC). Nos termos do enunciado aprovado na *V Jornada de Direito Civil*, em 2011, "O juiz não pode dispensar, mesmo fundamentadamente, a publicação do edital de proclamas do casamento, mas sim o decurso do prazo." (Enunciado n. 513). Não se filia ao teor do enunciado doutrinário, pois ele está distante do texto legal e do princípio da operabilidade, no sentido de facilitação dos institutos civis, um dos baluartes da atual codificação privada.

O oficial do Registro Civil tem o dever de esclarecer os nubentes a respeito dos fatos que podem ocasionar a invalidade do casamento, bem como sobre os diversos regimes de bens (art.

1.528 do CC). Ilustrando, deve o oficial informar a respeito dos impedimentos matrimoniais, sob pena de responsabilização civil.

Tanto os impedimentos quanto as causas suspensivas serão opostos em declaração escrita e assinada, instruída com as provas do fato alegado, ou com a indicação do lugar onde possam ser obtidas (art. 1.529 do CC). Opostos esses, o oficial do registro dará aos nubentes ou a seus representantes a nota da oposição, indicando os fundamentos, as provas e o nome de quem a ofereceu (art. 1.530 do CC). Apresentado o impedimento, o oficial dará ciência do fato aos nubentes, para que indiquem, em três dias, prova que pretendam produzir, remetendo os autos a juízo (art. 67, § 5.º, da Lei 6.015/1973). Ainda pelo último comando, produzidas as provas pelo oponente e pelos nubentes no prazo de dez dias, e ouvidos os interessados e o órgão do Ministério Público em cinco dias, decidirá o juiz em igual prazo.

Se cumpridas as formalidades previstas em lei e verificada a inexistência de fato obstativo (*v.g.*, impedimento matrimonial), o oficial do registro extrairá o certificado de habilitação (art. 1.531). Essa habilitação terá eficácia de noventa dias, contados de quando for extraído o certificado (art. 1.532).

Relativamente à celebração do casamento, está ocorrerá no dia, hora e lugar previamente designados pela autoridade que houver de presidir o ato, mediante petição dos contraentes, que se mostrem habilitados com a certidão de habilitação (art. 1.533 do CC). A autoridade para presidir o casamento, nos termos do Texto Maior, é o *juiz de paz*.

O art. 98, II, da CF/1988, determina que a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão "justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação". Porém, muitas unidades da federação ainda não regulamentaram a justiça de paz. Ilustrando, em São Paulo, quem celebra o casamento é o *juiz de casamento*, cuja atuação não é remunerada, sendo indicado pelo Secretário da Justiça.[39]

O ato solene relativo ao casamento será realizado na sede do cartório, com toda publicidade, a portas abertas, presentes pelo menos duas testemunhas, parentes ou não dos contraentes. Se as partes quiserem, e consentindo a autoridade celebrante, o casamento poderá ser celebrado em outro edifício, público ou particular (art. 1.534 do CC). No último caso, ficará o edifício particular de portas abertas durante o ato (art. 1.534, § 1.º, do CC). O número de testemunhas aumenta para quatro, o que igualmente se aplica se algum dos contraentes não souber ou não puder escrever (art. 1.534, § 2.º, do CC).

Estando presentes os contraentes, pessoalmente ou por procurador especial (no caso de

casamento por procuração), juntamente com as testemunhas e o oficial do registro, o presidente do ato, após ouvir dos nubentes a afirmação de que pretendem casar por livre e espontânea vontade, declarará efetuado o casamento, nos seguintes termos:

> "De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados" (art. 1.535 do CC).

A redação da oração que deve ser dita pela autoridade é confusa e arcaica, merecendo críticas, uma vez que o CC/2002 adotou o princípio da operabilidade, no sentido de simplicidade. Melhor seria se o texto fosse escrito de maneira simples, a ser compreendido pelo *brasileiro médio*. De toda sorte, entende-se que são possíveis variações na forma de expressão, desde que não se prejudique a sua essência. Assim, por exemplo, no caso de casamento homoafetivo, as expressões *marido e mulher* podem ser substituídas por *cônjuges* ou por outras que os consortes preferirem.

Após a celebração do casamento, será lavrado o assento no livro de registro (art. 1.536 do CC). No assento, assinado pelo presidente do ato, pelos cônjuges, pelas testemunhas e pelo oficial do registro, constarão:

→ Os prenomes, sobrenomes, datas de nascimento, profissão, domicílio e residência atual dos cônjuges;

→ Os prenomes, sobrenomes, datas de nascimento ou de morte, domicílio e residência atual dos pais;

→ O prenome e sobrenome do cônjuge precedente e a data da dissolução do casamento anterior;

→ A data da publicação dos proclamas e da celebração do casamento;

→ A relação dos documentos apresentados ao oficial do registro;

→ O prenome, sobrenome, profissão, domicílio e residência atual das testemunhas;

→ O regime do casamento, com a declaração da data e do cartório em cujas notas foi lavrada a escritura antenupcial, quando o regime não for o da comunhão parcial, ou o obrigatoriamente estabelecido.

Anote-se que nos casos de autorização para casar (*v.g.*, menores), o seu instrumento será transcrito integralmente na escritura antenupcial (art. 1.537 do CC).

Em relação ao momento de aperfeiçoamento do ato, enuncia o art. 1.514 do CC que o casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados. Como se pode notar, existem dois atos continuados que somados geram o aperfeiçoamento do negócio, no sentido de sua validade (manifestação dos nubentes + declaração do juiz).[40] O registro do ato está no plano da eficácia do casamento.

Nos termos do art. 1.538 do CC, a celebração do casamento será imediatamente suspensa se algum dos contraentes: *a)* recusar a solene afirmação da sua vontade; *b)* declarar que esta não é livre

e espontânea; *c)* manifestar-se arrependido. O nubente que der causa à suspensão do ato não poderá retratar-se no mesmo dia (art. 1.538, parágrafo único, do CC). Essa regra será aplicada mesmo se a manifestação tiver sido feita em tom jocoso (*animus jocandi*) ou de brincadeira.[41]

Superado o estudo das formalidades preliminares do casamento, insta estudar as modalidades especiais de casamento, levando-se em conta a sua celebração.

8.3.3.1 *Casamento em caso de moléstia grave (art. 1.539 do CC)*

Se um dos nubentes estiver acometido por *moléstia grave*, o presidente do ato celebrará o casamento onde se encontrar a pessoa impedida, e sendo urgente ainda que à noite. O ato será celebrado perante duas testemunhas que saibam ler e escrever. Segundo a jurisprudência, a urgência dispensa o processo de habilitação anterior (TJRS, Apelação Cível 70013292107, Carazinho, 7.ª Câmara Cível, Rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel, j. 11.01.2006).

Eventual falta ou impedimento da autoridade competente para presidir o casamento será suprida por qualquer dos seus substitutos legais, e a do oficial do Registro Civil por outro *ad hoc*, nomeado pelo presidente do ato (art. 1.539, § 1.º, do CC). O termo avulso, lavrado por esse oficial nomeado às pressas, será registrado no respectivo registro dentro em cinco dias, perante duas testemunhas, ficando arquivado (art. 1.539, § 2.º, do CC).

Pode-se discutir a viabilidade jurídica desse casamento, sendo certo que se estiver presente eventual simulação, o ato deve ser considerado nulo (art. 167 do CC). Aliás, deve ser feito o alerta de que muitas vezes tal casamento pode ser buscado com interesses escusos de enriquecer-se às custas da união.

8.3.3.2 *Casamento nuncupativo (em viva voz) ou* in extremis vitae momentis, *ou* in articulo mortis *(art. 1.540 do CC)*

A presente situação não pode ser confundida com a anterior, apesar de próxima. Nos termos do art. 1.540 do CC, "Quando algum dos contraentes estiver em iminente risco de vida, não obtendo a presença da autoridade à qual incumba presidir o ato, nem a de seu substituto, poderá o casamento ser celebrado na presença de seis testemunhas, que com os nubentes não tenham parentesco em linha reta, ou, na colateral, até segundo grau". Como se pode notar, não há a presença da autoridade celebrante prevista em lei, ao contrário da modalidade prevista no art. 1.539 do CC.

Mais uma vez, consigne-se que essa forma de casamento não poderá ser utilizada com o intuito de enriquecimento sem causa, o que pode motivar a decretação da sua nulidade absoluta, por fraude à lei imperativa (art. 166, VI, do CC). Igualmente não prevalecerá se decorrer de simulação absoluta, o

que de igual modo gera a sua nulidade (art. 167 do CC).

Justamente para evitar fraudes é que o art. 1.541 do CC determina que, realizado esse casamento, devem as testemunhas comparecer perante a autoridade judicial mais próxima, dentro em dez dias, pedindo que lhes tome por termo a declaração de: *a)* que foram convocadas por parte do enfermo; *b)* que este parecia em perigo de vida, mas em seu juízo; *c)* que, em sua presença, declararam os contraentes, livre e espontaneamente, receber-se por marido e mulher. Instaura-se um procedimento de jurisdição voluntária, no qual deve intervir o Ministério Público. Autuado o pedido e tomadas as declarações, o juiz (da autoridade judicial mais próxima) procederá às diligências necessárias para verificar se os contraentes podiam ter-se habilitado, na forma ordinária, ouvidos os interessados que o requererem, dentro em quinze dias (art. 1.541, § 1.º, do CC).

Verificada a idoneidade dos cônjuges para o ato, o casamento será tido como válido e assim o decidirá a autoridade competente, com recurso voluntário às partes (§ 2.º). Se da decisão ninguém tiver recorrido, ou se ela passar em julgado, apesar dos recursos interpostos, o juiz mandará registrá-la no livro do Registro dos Casamentos (§ 3.º). O assento assim lavrado retrotrairá os efeitos do casamento, quanto ao estado dos cônjuges, à data da celebração (§ 4.º) – os efeitos são *ex tunc*.

Porém, serão dispensadas tais formalidades se o enfermo convalescer e puder ratificar o casamento na presença da autoridade competente e do oficial do registro (§ 5.º). Isso porque a confirmação posterior afasta a necessidade de todas as formalidades para se verificar a idoneidade da vontade.

A princípio, não sendo respeitados os requisitos constantes desses dispositivos, o casamento deve ser tido como ineficaz, não gerando efeitos. Também é possível concluir por sua nulidade, por desrespeito à forma e às solenidades (art. 166, IV e V, do CC). Socorre-se à teoria geral do negocio jurídico da Parte Geral do CC/2002.

8.3.3.3 Casamento por procuração (art. 1.542 do CC)

O casamento poderá ser celebrado por procuração, desde que haja instrumento público com poderes especiais para tanto. A eficácia do mandato não ultrapassará 90 dias da sua celebração (art. 1.542, § 3.º). Ilustrando, se o marido está trabalhando no exterior, poderá outorgar poderes para que sua mãe o represente quando da celebração. Como se pode notar, não se exige diversidade de sexos quando da celebração, eis que o mandatário age em nome do mandante.

Eventualmente, se o mandante quiser revogar o mandato, a revogação não necessita chegar ao conhecimento do mandatário (art. 1.542, § 1.º, do CC). Ressalte-se que somente é possível revogar o mandato para o casamento por meio de instrumento público (art. 1.542, § 4.º).

Celebrado o casamento sem que o mandatário ou o outro contraente tivessem ciência da

revogação anterior, responderá o mandante por perdas e danos perante o eventual prejudicado, caso do outro nubente. Estão incluídas as despesas materiais com a celebração do casamento.

Por fim, no casamento *in extremis*, nada impede que o nubente que não esteja em iminente risco de vida seja representado nesse casamento nuncupativo (art. 1.542, § 2.º, do CC).

8.3.3.4 *Casamento religioso com efeitos civis (arts. 1.515 e 1.516 do CC)*

O CC/2002 traz duas regras quanto aos efeitos jurídicos do casamento religioso, complementando a previsão do art. 226, § 2.º, da CF/1988 ("O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei"). Na opinião deste autor, para ter efeitos civis, o casamento pode ser celebrado perante qualquer religião, uma vez que o Estado brasileiro é laico e pluralista. São acompanhadas as lições de Paulo Lôbo, para quem "O inc. VI do art. 5.º da Constituição brasileira assegura a liberdade de 'exercício de cultos religiosos', além da 'proteção aos locais de culto e a suas liturgias'. Dessa garantia depreende-se que não poderá haver restrição a qualquer tipo de crença religiosa, supondo organização mínima decorrente de seus locais de culto e de liturgia".[42] A esse propósito, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho discorrem sobre a possibilidade do casamento espírita, citando decisão paradigmática do Tribunal de Justiça da Bahia que concluiu por sua viabilidade.[43]

O art. 1.515 do CC prevê que "o casamento religioso, que atender às exigências da lei para a validade do casamento civil, equipara-se a este, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração." Em suma, o registro tem efeitos retroativos (*ex tunc*) até a celebração do ato.

Duas são as situações possíveis de casamento religioso com efeitos civis, nos termos do art. 1.516 do CC:

→ Casamento religioso precedido por processo de habilitação – o ato deve ser registrado no prazo decadencial de 90 dias, contados de sua realização, mediante comunicação do celebrante ao ofício competente, ou por iniciativa de qualquer interessado. Após o referido prazo, o registro dependerá de nova habilitação.

→ Casamento religioso não precedido por processo de habilitação – terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for registrado, a qualquer tempo, no registro civil, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente. Nesse caso, deve ser respeitado o prazo de 90 dias, contados de quando foi extraído o certificado para a eficácia dessa habilitação (art. 1.532 do CC). Sendo homologada a habilitação e certificada a inexistência de impedimento, o oficial fará o registro do casamento religioso, o que tem efeitos *ex tunc*, à celebração.

Diante do princípio da monogamia, "será nulo o registro civil do casamento religioso se, antes dele, qualquer dos consorciados houver contraído com outrem casamento civil" (art. 1.516, § 3.º).

8.3.4 Da invalidade do casamento

8.3.4.1 Esclarecimentos necessários

Conforme exposto no Capítulo 2 desta obra, quando do estudo da teoria geral do negócio jurídico, o legislador civil fez a opção de não tratar da inexistência dos atos, mas apenas da nulidade absoluta e da nulidade relativa. Não foi diferente em relação ao casamento, eis que a lei apenas enuncia hipóteses do casamento nulo (art. 1.548 do CC) e do casamento anulável (art. 1.550 do CC).

Porém, como a teoria da inexistência goza de prestígio entre os civilistas, é preciso estudá-la, para não fugir do intuito deste manual, que é fomentar a pesquisa e a compreensão das categorias do Direito Civil. É o que será feito, mesmo havendo resistências deste autor, que prefere resolver as hipóteses descritas de inexistência com a nulidade absoluta.

De início, conforme já apontado, a teoria da inexistência do casamento surgiu na Alemanha no século XIX (1808) para contornar o problema da nulidade do casamento. Isso porque, de acordo com as regras do Código Civil francês de 1804, não há nulidade sem expressa previsão legal (*pás de nullité sans texte*), sendo certo que tal codificação não previa a nulidade, por exemplo, do casamento de pessoas do mesmo sexo. Para explicar esta e outras situações é que a teoria foi desenvolvida por Zachariae von Lingenthal, atingindo outros ordenamentos jurídicos, caso do brasileiro.[44]

De toda sorte, como se verá logo a seguir, tal exemplo de concretização da teoria da inexistência do negócio jurídico perdeu seu campo de aplicação no Brasil, diante do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, equiparada à união estável pelo Supremo Tribunal Federal para todos os fins, em decisão histórica do dia 5 de maio de 2011 (*Informativo* n. *625*, julgamento da ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF). Vejamos.

8.3.4.2 Do casamento inexistente

Três são as hipóteses geralmente apresentadas pela doutrina clássica:[45]

a) Casamento entre pessoas do mesmo sexo

Esse casamento poderia ocorrer, por exemplo, havendo casamento celebrado entre dois homens (um deles travestido de mulher) e fraude no registro, considerado como um ato inexistente para o mundo jurídico.

Porém, o Supremo Tribunal Federal, em maio de 2011, reconheceu que a união homoafetiva deve ser equiparada à união estável para todos os efeitos, inclusive para a conversão em casamento,

aplicando-se o art. 1.726 do CC. Sendo assim, logo em seguida a esse histórico julgamento já surgiram no Brasil decisões judiciais de conversão, admitindo-se o *casamento homoafetivo*, o que é tendência nos países ocidentais evoluídos.

A tese já era defendida há tempos por alguns juristas, caso de Maria Berenice Dias, a principal defensora dos direitos homoafetivos em nosso País.[46] Acredita-se que outras decisões judiciais surgirão, sucessivamente, não sendo possível *remar contra a maré* de defesa dos direitos humanos e de inclusão social.

Dando início a essa verdadeira revolução conceitual, o Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos (4 a 1), concluiu pela viabilidade jurídica do casamento entre pessoas do mesmo sexo (REsp. 1.183.378/RS). Como se extrai do voto do Ministro Luis Felipe Salomão, proferido em outubro de 2011, "é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento – diferentemente do que ocorria com os diplomas superados –, deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade. A fundamentação do casamento hoje não pode simplesmente emergir de seu traço histórico, mas deve ser extraída de sua função constitucional instrumentalizadora da dignidade da pessoa humana. Por isso não se pode examinar o casamento de hoje como exatamente o mesmo de dois séculos passados, cuja união entre Estado e Igreja engendrou um casamento civil sacramental, de núcleo essencial fincado na procriação, na indissolubilidade e na heterossexualidade".

Consigne-se que, na mesma linha, concluiu o Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de São Paulo, em decisão publicada em 23 de outubro de 2012, com a seguinte ementa: "Registro civil das pessoas naturais. Recurso interposto contra sentença que indeferiu a habilitação para o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Orientação emanada em caráter definitivo pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 4277), seguida pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.183.378). Impossibilidade de a via administrativa alterar a tendência sacramentada na via jurisdicional. Recurso provido" (Apelação cível n. 0010043-42.2012.8.26.0562, da Comarca de Santos). Conforme se extrai da precisa e técnica relatoria do Des. José Renato Nalini, que menciona as decisões dos Tribunais Superiores, "A partir da sinalização das Cortes Superiores, inúmeras as decisões amparadas e fundamentadas nesses julgados. Inclusive em São Paulo. Se, na via administrativa, fosse alterada essa tendência, o Judiciário se veria invocado a decidir, agora na esfera jurisdicional, matéria já sacramentada nos Tribunais com jurisdição para todo o território nacional. Como servos da Constituição – interpretada por aquele Colegiado que o pacto federativo encarregou guardá-la – os juízes e órgãos do Poder Judiciário não podem se afastar da orientação

emanada em caráter definitivo pelo STF. É por isso que, doravante, os dispositivos legais e Constitucionais relativos ao casamento e à união estável não podem mais ser interpretados à revelia da nova acepção jurídica que lhes deram o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça".

Ao final do ano de 2012, a Corregedoria do Tribunal de Justiça de São Paulo acabou por regulamentar a possibilidade do casamento homoafetivo diretamente nos Cartórios de Registro Civil, por meio do seu Provimento CG 41/2012, que disciplina "Aplicar-se-á ao casamento ou a conversão de união estável em casamento de pessoas do mesmo sexo as normas disciplinadas nesta Seção". Desse modo, na porção geográfica de elaboração desta obra, admite-se, plenamente, o casamento homoafetivo.

Fez o mesmo, em âmbito nacional, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da sua Resolução n. 175, de 2013, que veda às autoridades competentes, caso dos responsáveis pelos Cartórios de Registro Civil de todo o País, a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Ora, de fato, se é possível a conversão da união estável em casamento, também o é o casamento homoafetivo celebrado diretamente, sem que haja união estável prévia. Pensar o contrário representaria um retrocesso, uma volta ao Direito Civil burocratizado dos séculos passados. Desse modo, pensa este autor que o presente exemplo de casamento inexistente deve desaparecer definitivamente do sistema civil brasileiro.

Por fim, a situação do transexual que fez a cirurgia de adequação sexual e alterou o nome e o sexo no registro civil já merecia uma análise à parte. Como exposto no Capítulo 2 deste livro, a jurisprudência acabou por consolidar o entendimento de *transmudação registral do sexo* em casos tais (*Informativos* ns. *411* e *415* do STJ). Sendo assim, já era perfeitamente possível que a pessoa que alterou o sexo se casasse com outra, do sexo oposto. Todavia, ainda se conclui que se o transexual não revelar sua situação anterior ao cônjuge, caberá eventual ação de anulação do casamento por erro essencial quanto à pessoa, caso o último a pretenda (art. 1.556 do CC).

b) Ausência de vontade

Não havendo vontade do nubente, o casamento é considerado inexistente, eis que essa é elemento mínimo essencial para o ato.

Um exemplo de ausência de vontade apontado pela doutrina que aceita a teoria da inexistência é aquele envolvendo a coação física ou *vis absoluta* (pressão física que retira totalmente a vontade). Ilustre-se, com os casamentos celebrados por pessoa sedada ou hipnotizada. Os exemplos, como se nota, têm reduzida aplicação prática. O Tribunal do Rio de Janeiro já aplicou a ideia a situação em que o nubente se apresentava em situação de debilidade emocional quando da celebração do casamento (TJRJ, Acórdão 4091/1995, 6.ª Câmara Cível, Rel. Des. Pedro Ligiero, j. 24.09.1996).

c) Casamento celebrado por autoridade totalmente incompetente (incompetência ratione materiae*)*

É considerado inexistente o casamento celebrado por autoridade totalmente incompetente (incompetência em relação à matéria ou *ratione materiae*). Como exemplos, são citados os casamentos celebrados por juiz de direito (nas hipóteses em que o juiz de paz ou o juiz de casamento for a autoridade competente), por promotor de justiça, por delegado de polícia ou por uma autoridade local (*v.g.*, um fazendeiro ou coronel, comuns no Brasil agrário do início do século XX).

Para findar o estudo do casamento inexistente, frise-se que o CC/2002 não traz qualquer regulamentação para a ação correspondente, o que em regra não é necessário, pois *o ato inexistente é um nada para o Direito*. Todavia, em algumas situações, será necessária ação específica para afastar efeitos deste ato que não existe (*v.g.*, havendo aquisição de bens).

Conforme apontam os adeptos da teoria da inexistência, para essa ação aplicam-se as mesmas regras previstas para a ação de nulidade absoluta, tais como a inexistência de prazos para sua declaração (não sujeita à decadência), a possibilidade de sua propositura pelo Ministério Público e efeitos retroativos da sentença (*ex tunc*). Além disso, tem-se reconhecido na jurisprudência que a inexistência do casamento pode ser conhecida de ofício pelo juiz, como nas hipóteses de casamento celebrado por autoridade absolutamente incompetente, em razão da matéria (TJMG, Acórdão 1.0223.99.031856-8/001, Divinópolis, 14.ª Câmara Cível, Rel. Des. Dídimo Inocêncio de Paula, j. 14.06.2006, *DJMG* 11.07.2006).

8.3.4.3 *Do casamento nulo*

O art. 1.548 do CC consagra as hipóteses de nulidade absoluta do casamento:

a) Casamento contraído por enfermo mental sem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil

Esta previsão de nulidade é exatamente a mesma constante do art. 3.º, II, do CC, também incluindo os doentes mentais sem discernimento, eis que *enfermidade* e *doença* são expressões sinônimas.[47] Deve apenas ser feita a ressalva de que não se exige o processo de interdição prévio para o casamento ser considerado nulo.

O Enunciado n. 332 do CJF/STJ, aprovado na *IV Jornada de Direito Civil*, deu interpretação restritiva ao dispositivo, não admitindo a nulidade absoluta do casamento das pessoas descritas no art. 3.º, III, do CC. Assim: “A hipótese de nulidade prevista no inc. I do art. 1.548 do Código Civil se restringe ao casamento realizado por enfermo mental absolutamente incapaz, nos termos do inc. II do art. 3.º do Código Civil”.

b) Casamento celebrado com infringência a impedimento matrimonial

Tais impedimentos, outrora estudados, constam do art. 1.521 do CC (impedimentos decorrentes

de parentesco consanguíneo, de parentesco por afinidade, de parentesco civil, de vínculo matrimonial e de crime). A grande maioria das situações práticas envolve duplicidade de casamento, em desrespeito ao art. 1.521, VI, do CC (nesse sentido, ver: TJSP, Apelação com Revisão 482.968.4/8, Acórdão 3207986, São Paulo, 7.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Élcio Trujillo, j. 27.08.2008, *DJESP* 20.10.2008).

Superada a análise das hipóteses de nulidade do casamento, é preciso expor os *efeitos e procedimentos da ação declaratória de nulidade do casamento*, conforme tópicos a seguir:

- A ação declaratória é imprescritível, eis que a nulidade não convalesce pelo decurso do tempo (art. 169 do CC). A não sujeição à prescrição está justificada uma vez que a demanda envolve preceitos de ordem pública e de Direito de Família (TJMG, Acórdão 1.0106.06.020387-9/001, Cambuí, 8.ª Câmara Cível, Rel.ª Des.ª Teresa Cristina da Cunha Peixoto, j. 19.07.2007, *DJMG* 02.08.2007).
- A decretação de nulidade pode ser promovida mediante ação direta, por qualquer interessado ou mesmo pelo Ministério Público, do mesmo modo por envolver preceitos de ordem pública (art. 1.549 do CC).
- Conforme aponta a doutrina quase que com unanimidade, diante do princípio da não intervenção, a nulidade do casamento não pode ser reconhecida de ofício, mas apenas o impedimento matrimonial, de acordo com o art. 1.522 do CC.[48]
- A ação declaratória de nulidade, assim como a ação anulatória e as demais demandas que dissolvem a sociedade conjugal e o casamento, poderá ser precedida de medida cautelar de separação de corpos, devendo o juiz conceder a liminar com maior brevidade possível se for constatada a sua necessidade (art. 1.562 do CC).
- Por fim, os efeitos da sentença da ação declaratória de nulidade são retroativos à celebração do casamento, conforme o art. 1.563 do CC (efeitos *ex tunc*). A parte final do dispositivo traz uma inovação importante, enunciando que essa sentença com efeitos retroativos não poderá "prejudicar a aquisição de direitos, a título oneroso, por terceiros de boa-fé, nem resultante de sentença transitada em julgado". Dois institutos são aqui protegidos: a boa-fé objetiva (daquele que adquiriu direitos com boa conduta – *v.g.*, adquirente de um imóvel que pagou o preço com total pontualidade) e a coisa julgada (conforme o art. 5.º, XXXVI, da CF/1988, e art. 6.º da Lei de Introdução). Com essa proteção, a boa-fé objetiva, no que tange ao Direito de Família, é elevada ao posto de preceito de ordem pública. Primeiro, por estar ao lado da coisa julgada. Segundo, porque consegue *vencer* o ato nulo. Ilustrando, *A* e *B*, marido e mulher, vendem um imóvel a *C*, que o adquire de boa-fé. O casamento dos primeiros é declarado nulo por sentença judicial, pois *A* já era casado. Mesmo havendo essa nulidade, o que geraria eventual partilha do bem, a venda é válida, pois celebrada com boa-fé por *C*, que funciona como *um escudo contra a nulidade*.

8.3.4.4 *Do casamento anulável*

São hipóteses previstas no art. 1.550 do CC:

a) Casamento contraído por quem não completou a idade mínima para casar (16 anos, tanto para homem quanto para mulher)

Como visto, o menor que tiver menos idade do que o limite mínimo para casar necessitará de autorização judicial. Eventualmente, sendo celebrado o casamento sem a referida autorização judicial, o ato será considerado anulável. Deve ser feito ao alerta de que o casamento não será nulo, raciocínio normalmente desenvolvido, tendo como parâmetro a teoria geral do negócio jurídico (art.

166, I, do CC).

O prazo para a ação anulatória é decadencial de 180 dias, podendo ser proposta pelo próprio menor, por seus representantes legais ou por seus ascendentes (art. 1.552 do CC). Sobre o início da contagem do prazo, duas são as regras constantes do art. 1.560, § 1.º, do CC:

– Se a ação for proposta pelo próprio menor, devidamente representado, o prazo será contado a partir do momento em que completar a idade núbil (16 anos).
– Se a ação for proposta pelo representante legal ou ascendente, o prazo será contado a partir do momento em que o casamento foi celebrado.

Eventualmente o casamento poder ser convalidado em duas hipóteses:

1.ª Hipótese – não se anula o casamento, por motivo de idade, se dele resultou gravidez, não sendo necessária sequer a autorização do seu representante legal (art. 1.551 do CC).
2.ª Hipótese – o menor poderá, depois de completar a idade núbil, confirmar o seu casamento, com a autorização de seus representantes legais, se necessária, ou com suprimento judicial (art. 1.553 do CC).

b) Casamento contraído por menor em idade núbil (entre 16 e 18 anos), não havendo autorização do seu representante legal

O menor entre 16 e 18 anos não necessita de autorização judicial para se casar, mas de autorização especial de seus pais ou outros representantes, caso dos tutores (art. 1.517 do CC).

O prazo para propositura da ação anulatória é decadencial de 180 dias, com as seguintes regras de contagem (art. 1.555, *caput* e § 1.º, do CC):

– Se a ação for proposta pelo menor, o prazo será contado a partir do momento em que completar 18 anos.
– Se a ação for proposta pelo representante legal, o prazo será contado a partir da celebração do casamento.
– Sendo proposta a ação por herdeiro necessário, o prazo será contado da data do óbito do menor.

Como hipótese de convalidação, não se anulará esse casamento quando à sua celebração tiverem assistido – no sentido de *presenciado* –, os representantes legais do menor, ou se esses representantes tiverem manifestado a sua aprovação (art. 1.555, § 2.º, do CC). O dispositivo está inspirado na máxima da boa-fé objetiva que veda o comportamento contraditório (*venire contra factum proprium non potest*).

c) Casamento celebrado sob coação moral (vis compulsiva)

A coação moral que anula o casamento tem conceito específico no art. 1.558 do CC, pelo qual "É anulável o casamento em virtude de coação, quando o consentimento de um ou de ambos os cônjuges houver sido captado mediante fundado temor de mal considerável e iminente para a vida, a saúde e a honra, sua ou de seus familiares". Duas são as diferenças em relação à coação moral

prevista para a teoria geral do negócio jurídico, uma vez que a última pode estar relacionada a bens e a pessoas que não sejam da família do coagido (art. 151 do CC).

De toda sorte, apesar dessa diferenciação na literalidade, este autor entende que é possível que os dois comandos se comuniquem, para os devidos fins de anulabilidade. Em suma, é possível anular um casamento por coação relacionada ao patrimônio ou a pessoa que não seja da família do coato. Além dessa necessária interação entre livros distintos do Código Civil, outros comandos da Parte Geral relativos à coação merecem aplicação para o enfretamento da coação no casamento, caso do art. 152, que trata da análise *in concreto* das condições gerais do coato. Esclareça-se que tais deduções foram incluídas nesta obra após a atuação deste autor em parecer jurídico elaborado em ação de anulação de casamento e de pacto antenupcial, em trâmite no Estado do Paraná.

O prazo para anular o casamento celebrado sob coação é decadencial de quatro anos, contados da sua celebração (art. 1.560, IV, do CC). A ação anulatória é personalíssima e somente poderá ser proposta pelo cônjuge que sofreu a coação. O ato poderá ser convalidado, havendo posterior coabitação entre os cônjuges e ciência do vício, pelo tempo que o juiz entender que é razoável (art. 1.559). O dispositivo, ao prever que a coabitação sana a invalidade, adota a vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium non potest*).

d) Casamento celebrado havendo erro essencial quanto à pessoa do outro cônjuge (error in persona)

O art. 1.557 da novel codificação traz um rol de situações caracterizadoras do erro no casamento:

> *Inciso I* – No que diz respeito à identidade, honra e boa fama do outro cônjuge, sendo esta uma informação de conhecimento ulterior pelo nubente e que torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado. Exemplos: casamento celebrado com homossexual, com bissexual, com transexual operado que não revelou sua situação anterior, com viciado em tóxicos, com irmão gêmeo de uma pessoa, com pessoa violenta, com viciado em jogos de azar, com pessoa adepta de práticas sexuais não convencionais, etc.[49]
>
> *Inciso II* – A ignorância de crime anterior ao casamento e que por sua natureza torne insuportável a vida conjugal. Não há necessidade do trânsito em julgado da sentença, bastando a repercussão social do crime e a insuportabilidade da vida em comum. Exemplo: casar-se com um grande traficante de drogas, fato ignorado.
>
> *Inciso III* – A ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável ou de moléstia grave e transmissível, pelo contágio ou pela herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência. Exemplos de defeito físico irremediável: hermafroditismo (duas manifestações sexuais); deformações genitais; ulcerações no pênis e impotência *coeundi* (para o ato sexual). É importante destacar que a impotência *generandi* ou *concipiendi* (para ter filhos) não gera a anulabilidade do casamento.[50] Exemplos de moléstia grave e transmissível: tuberculose, AIDS, hepatite, sífilis, epilepsia, hemofilia etc.[51] Em todos os casos, há presunção absoluta ou *iure et de iure* da insuportabilidade da vida em comum.
>
> *Inciso IV* – A ignorância, anterior ao casamento, de doença mental grave que, por sua natureza, torne insuportável a vida em comum. Exemplos: esquizofrenia, psicopatia, psicose, paranoia etc. Não há necessidade de a pessoa estar interditada, não se confundindo a hipótese com a nulidade do art. 1.548, I, do CC.

Deve ser feito o destaque de que a lei não consagra mais como hipótese de erro quanto à pessoa o defloramento da mulher, ignorado pelo marido (art. 219, IV, do CC/1916). Por óbvio que esse dispositivo perdeu a aplicação prática há tempos, antes mesmo do CC/2002.

O prazo decadencial para a ação anulatória é de três anos, contados da celebração do casamento (art. 1.560, III, do CC). Essa ação somente cabe ao cônjuge que incidiu em erro, sendo uma ação personalíssima, conforme o art. 1.559 do CC.

A coabitação posterior, havendo ciência do vício, convalida o casamento, salvo nas hipóteses dos incisos III e IV do art. 1.557 (defeito físico irremediável, moléstia grave ou doença mental grave), pois as situações são de extrema gravidade. Admitindo a convalidação do ato por coabitação, em hipótese de erro, do Tribunal Paulista: "Casamento. Anulação. Erro essencial quanto a pessoa do outro cônjuge. Confissão pelo marido, na semana seguinte ao ato de que era dependente de drogas. Aceitação das condições e consentida nova chance. Renovação da prática de uso de drogas. Pretendido reconhecimento da insuportabilidade da vida comum. Não acolhimento. Coabitação. Fator que afasta o pleito de anulação. Aplicação do artigo 1.559, do Código Civil. União válida. Extinção do feito confirmada. Recurso improvido" (TJSP, Acórdão 407.842-4/4-00, São Vicente, 3.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Élcio Trujillo, j. 23.05.2006).

e) Do incapaz de consentir e de manifestar de forma inequívoca a sua vontade

Essa previsão engloba os ébrios habituais (alcoólatras), os viciados em tóxicos, as pessoas com discernimento mental reduzido e os excepcionais sem desenvolvimento completo (art. 4.º, II e III, do CC).

Segundo o entendimento considerado majoritário, nessa previsão também se enquadram as pessoas que por causa transitória ou definitiva não puderem exprimir vontade (art. 3.º, III, do CC).[52] Tal forma de pensar chegou a ser adotada pelo STJ, em remoto julgado, referente ao CC/1916 (STJ, EDcl no AgRg no Ag 24.836/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4.ª Turma, j. 18.10.1993, *DJ* 13.12.1993, p. 27.463).

Este autor não concorda com o último posicionamento, pois em casos tais o casamento deveria ser considerado nulo, por equiparação ao que consta do art. 3.º, II, do CC. Assim, parece correta a premissa categórica de que o art. 1.550, IV, do CC, somente se aplica aos relativamente incapazes descritos no art. 4.º.[53]

O prazo decadencial para a ação anulatória é de 180 dias, contados do casamento, nos termos do art. 1.560, *caput*, e § 1.º, do CC.

Em resumo no que toca aos incapazes, foi visto que os casos envolvendo os menores são de anulabilidade do casamento (art. 1.550, I e II); que as situações relativas aos enfermos, os doentes mentais são de nulidade do casamento (art. 1.548, I); e que as hipóteses concernentes aos demais incapazes sem discernimento são de anulabilidade (art. 1.550, IV). Em relação aos incapazes da

parte geral do CC/2002, falta abordar a situação dos pródigos (art. 4.º, IV).

Ora, o pródigo pode se casar livremente, uma vez que a interdição é apenas relativa aos atos de disposição direta de bens, tais como vender, hipotecar e transigir, o que não atinge o casamento (art. 1.782 do CC). Anote-se que não sendo celebrado pacto antenupcial, o regime do seu casamento será o da comunhão parcial (*regime legal*), e não o da separação obrigatória de bens, uma vez que o pródigo não consta expressamente no art. 1.641 do CC. Filia-se à corrente doutrinária que afirma que, para fazer pacto antenupcial que altere o seu patrimônio, o pródigo necessita de assistência, sob pena de anulação do ato (art. 171, I, do CC).[54] Vista a situação do pródigo, é possível formular a seguinte tabela comparativa relativa *aos incapazes e o casamento*:

Absolutamente Incapazes (art. 3.º do CC)	**Relativamente incapazes (art. 4.º)**
I – Casamento anulável. II – Casamento nulo. III – Casamento anulável, segundo entendimento majoritário.	I – Casamento anulável. II – Casamento anulável. III – Casamento anulável. IV – Casamento válido.

f) Casamento celebrado por procuração, havendo revogação do mandato

O casamento poderá ser anulado se realizado por mandatário, ocorrendo a revogação do mandato, sem que o representante e o outro cônjuge tenham conhecimento da extinção do contrato. Obviamente, essa revogação somente surtirá efeitos se realizada antes da celebração do casamento. Em caso contrário o ato encontra-se aperfeiçoado, não sendo o caso de sua invalidade.

O prazo para a propositura da ação anulatória é decadencial de 180 dias, a contar do momento em que chegue ao conhecimento do mandante a realização do casamento (art. 1.560, § 2.º, do CC). Por força da lei, equipara-se à revogação a invalidade do mandato reconhecida judicialmente, caso da sua nulidade absoluta ou relativa (art. 1.550, parágrafo único, do CC). A anulação do casamento cabe somente ao mandante, que detém a titularidade dessa ação personalíssima. O ato será convalidado se houver coabitação entre os cônjuges (art. 1.550, V, parte final).

g) Casamento celebrado perante autoridade relativamente incompetente (art. 1.550, VI, do CC)

Entende-se que a hipótese trata da incompetência relativa em relação ao local (*ratione loci*).[55] Ilustrando, um juiz de paz de uma determinada localidade realiza o casamento em outra, fora de sua competência.

O prazo para a propositura da ação anulatória é decadencial de 2 anos contado da data da celebração do casamento (art. 1.560, II, do CC).

O art. 1.554 do CC trata de hipótese de convalidação de tal casamento, sanando a anulabilidade, ao enunciar que “Subsiste o casamento celebrado por aquele que, sem possuir a competência exigida

na lei, exercer publicamente as funções de juiz de casamentos e, nessa qualidade, tiver registrado o ato no Registro Civil".

Encerradas as hipóteses legais, é preciso aqui estudar os *efeitos e procedimentos da ação anulatória de casamento*, conforme tópicos a seguir.

- Essa ação anulatória é constitutiva negativa, o que justifica todos os prazos decadenciais previstos em lei, conforme tabela a seguir:

Coação – 4 anos.
Erro – 3 anos.
Incompetência relativa – 2 anos.
Demais situações – 180 dias.

- Segue-se o entendimento pelo qual o MP não tem legitimidade para promover a referida ação que cabe, em regra, ao interessado, conforme as hipóteses estudadas. De acordo com as lições de Paulo Lôbo, "Os legitimados a promover a anulação do casamento, considerando cada uma das hipóteses acima, são apenas os que o direito considera diretamente interessados, em virtude da relação de família, ou de parentesco, ou de representação legal de cônjuges incapazes".[56]
- Como ocorre com a nulidade absoluta, a anulabilidade do casamento não pode ser reconhecida de ofício.
- A ação de anulação pode ser precedida por medida cautelar de separação de corpos (art. 1.562 do CC).
- Por fim, apesar de persistir o entendimento pelo qual a anulabilidade tem efeitos *ex nunc*, o que pode ser retirado do art. 177 do CC, filia-se à corrente que sustenta a existência de efeitos *ex tunc* na anulação do casamento. Tal conclusão é retirada do art. 182 do CC, pelo qual anulado o negócio jurídico, as partes voltam à situação anterior e, não sendo isso possível, caberá indenização. Ora, anulado o casamento, as partes voltam a ser solteiras.[57]

8.3.4.5 *Do casamento putativo*

Do latim, *putare* significa crer, imaginar. Sendo assim, o casamento putativo é o *casamento da imaginação*. Trata-se do casamento que embora nulo ou anulável – nunca inexistente –, gera efeitos em relação ao cônjuge que esteja de boa-fé subjetiva (ignorando o motivo de nulidade ou anulação). A categoria está tratada nos art. 1.561 do CC, com três regras fundamentais:

1.ª Regra – Havendo boa-fé de ambos os cônjuges, o casamento gera efeitos em relação a estes e aos filhos, até o trânsito em julgado da sentença de nulidade ou anulação. Por isso, eventuais bens adquiridos no período devem ser partilhados entre os cônjuges de acordo com o regime de bens adotado. Em suma, o Direito de Família atinge ambos os cônjuges. Segue-se a corrente doutrinária e jurisprudencial que sustenta a permanência de efeitos pessoais mesmo após a sentença. Nesse sentido, Flávio Augusto Monteiro de Barros aponta três efeitos existenciais que persistem: *a)* o direito de usar o nome; *b)* a emancipação; *c)* a pensão alimentícia.[58] Preservando o uso do nome do cônjuge de boa-fé após a sentença, da jurisprudência: TJPR, Recurso 0117667-8, Acórdão, 360, Faxinal, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Ivan Bortoleto, *DJPR* 24.06.2002.

2.ª Regra – Havendo boa-fé de apenas um dos cônjuges, o casamento somente gera efeitos para este e para os filhos do casal. O art. 1.564 do CC atribui culpa ao cônjuge de má-fé, sofrendo as seguintes sanções: *a)* perda de todas as vantagens havidas do

cônjuge inocente, caso da necessidade de devolver bens, dependendo do regime de bens adotado; *b)* dever de cumprir as promessas feitas no contrato antenupcial, como é o caso de doações antenupciais. Todavia, com a entrada em vigor da Emenda do Divórcio (EC 66/2010), há quem entenda que a culpa foi banida do sistema de casamento, o que inclui a anulação do casamento, perdendo aplicação o dispositivo em comento.[59]

3.ª Regra – Havendo má-fé de ambos os cônjuges, o casamento somente gera efeitos para os filhos. Eventualmente, se bens forem adquiridos durante a união deverão ser partilhados de acordo com as regras obrigacionais que vedam o enriquecimento sem causa (arts. 884 a 886 do CC). Isso porque o Direito de Família não atinge os cônjuges.

8.3.5 Provas do casamento

Os arts. 1.543 a 1.547 do CC tratam da prova do casamento, havendo três tipos comprobatórios principais:

– *Prova direta* – Em regra, o casamento celebrado no Brasil é provado pela certidão do seu registro (art. 1.543 do CC). Em relação ao casamento de brasileiro celebrado no estrangeiro, perante as respectivas autoridades ou os cônsules brasileiros, este deverá ser registrado em 180 dias, a contar da volta de um ou de ambos os cônjuges ao Brasil. Esse registro deverá ocorrer no cartório do respectivo domicílio, ou, em sua falta, no 1.º Ofício da Capital do Estado em que passarem a residir (art. 1.544 do CC).

– *Provas diretas complementares ou supletórias* – justificada a falta ou perda do registro civil, é admissível qualquer outra espécie de prova (art. 1.543, parágrafo único, do CC). Exemplos: documentos em que consta a situação de casado, tais como a cédula de identidade, o passaporte e a certidão de proclamas.

– *Prova indireta* – fundada na *posse de estado de casados*, na demonstração efetiva da situação de casados. Conforme se extrai da doutrina de Eduardo de Oliveira Leite, três são os requisitos para a sua comprovação: *nomen* – um cônjuge utiliza o nome do outro; *tractatus* – as partes se tratam como se fossem casados; *fama* ou *reputatio* – a sociedade reconhece nas partes pessoas casadas (reconhecimento geral ou reputação social).[60] O art. 1.545 do CC determina que o casamento de pessoas que, na posse do estado de casadas, não possam manifestar vontade, ou tenham falecido, não se pode contestar em prejuízo da prole comum. Essa regra deverá ser aplicada salvo se existir certidão do Registro Civil que prove que já era casada alguma delas, quando contraiu o casamento impugnado. Se a prova da celebração legal do casamento resultar de eventual processo judicial, o registro da sentença no livro do Registro Civil produzirá, tanto no que toca aos cônjuges como no que diz respeito aos filhos, todos os efeitos civis desde a data do casamento (art. 1.546 do CC) – efeitos *ex tunc*. Nessa ação vale a regra hermenêutica *in dubio pro matrimonio*. Assim, entre as provas favoráveis e as provas contrárias, deve-se julgar pela existência do casamento, se os cônjuges, cujo casamento se impugna, viverem ou tiverem vivido na *posse do estado de casados* (art. 1.547 do CC). A máxima prestigia a família e a sua função social.

8.3.6 Efeitos pessoais do casamento e seus deveres

A respeito dos seus efeitos pessoais ou existenciais, de início, pelo casamento, tanto o homem quanto a mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família, constituindo-se a tão mencionada *comunhão plena de vida* (art. 1.565, *caput*, do CC). Como seu primeiro efeito concreto, qualquer um dos nubentes poderá acrescer ao seu o

sobrenome do outro (art. 1.565, § 1.º, do CC). Isso se aplica tanto à mulher quanto ao homem, diante da igualdade entre eles. Para o Superior Tribunal de Justiça, tal acréscimo pode ocorrer mesmo após a celebração do casamento, desde que por ação judicial (STJ, REsp 910.094/SC, Rel. Raul Araújo, j. 04.09.2012, publicado no seu *Informativo* n. *503*).

Relativamente ao planejamento familiar, este é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito (art. 1.565, § 2.º). Segundo o Enunciado n. 99 do CJF/STJ, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, o art. 1.565, § 2.º, também deve ser aplicado à união estável, diante do seu reconhecimento constitucional como entidade familiar.

O art. 1.566 do CC consagra os deveres de ambos os cônjuges no casamento, a saber:

I – *Dever de fidelidade recíproca*. Havendo infidelidade, no sistema anterior, estava presente motivo para a *separação-sanção*, fundada na culpa (art. 1.572, *caput*, do CC). Com a entrada em vigor da *Emenda do Divórcio* (Emenda Constitucional 66/2010), a questão da infidelidade deve ser vista com ressalvas. Como é notório, alterou-se o art. 226, § 6.º, da Constituição Federal de 1988, que passou a prever que "O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio". Não há mais menção à separação judicial, havendo corrente doutrinária de peso que afirma a impossibilidade de discussão da culpa para a dissolução do casamento. Essa é a opinião de Rodrigo da Cunha Pereira, Maria Berenice Dias, Paulo Lôbo, Rolf Madaleno, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, José Fernando Simão, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, conforme manifestações pessoais a este autor. Não se filia pura e simplesmente a tal corrente, eis que a culpa, em casos excepcionais, pode ser discutida para a dissolução do casamento. Isso porque a fidelidade continua sendo um *dever* do casamento e não uma mera *faculdade*. Assim, em algumas situações de sua não mitigação, a culpa pode ser discutida em sede de divórcio, em especial para a atribuição da responsabilidade civil e para a fixação de alimentos. Além da manutenção do dever de fidelidade como regra do casamento – sendo a culpa a sua violação –, conserva-se no sistema um modelo dualista, com e sem culpa. O tema será aprofundado oportunamente.

II – *Dever de vida em comum, no domicílio conjugal*, antigo *dever de coabitação*. Este dever que inclui o débito conjugal (dever de manter relações sexuais), de acordo com a doutrina tradicional.[61] Todavia, em visão contemporânea interessante, Maria Berenice Dias procura afastar a obrigatoriedade de se manter relação sexual, pois "essa interpretação infringe o princípio constitucional do respeito à dignidade da pessoa, o direito à liberdade e à privacidade, além de afrontar o direito à inviolabilidade do próprio corpo".[62] Em suma, o conceito de coabitação deve ser visualizado a partir da realidade social, de modo a admitir-se a *coabitação fracionada*, sem que haja quebra dos deveres do matrimônio. Como sustenta a própria jurista, "A vida no domicílio conjugal é outra imposição que não se justifica, pois compete a ambos os cônjuges determinar onde e como vão morar. Necessário respeitar a vontade dos dois, sendo de todo descabido impor um lar comum, até porque a família pode ter mais de um domicílio".[63] Nessa realidade, é possível que cônjuges mantenham-se distantes, em lares distintos, por boa parte do tempo, sem que haja o rompimento do afeto, do amor existente entre eles, vínculo mais forte a manter a união. É possível, ainda, que os cônjuges até durmam em camas separadas, sem que isso seja motivo para a separação do casal. Enuncia o art. 1.569 do CC, em tom democrático, que o domicílio conjugal será escolhido por ambos os cônjuges. O mesmo dispositivo admite que um dos cônjuges se ausente do domicílio conjugal para atender a encargos públicos, ao exercício de sua profissão, ou a interesses particulares relevantes.

III – *Dever de mútua assistência*. A assistência é moral, afetiva, patrimonial, sexual e espiritual. Quanto à assistência patrimonial, sempre debatida, o art. 1.568 do CC/2002 preconiza que cada cônjuge será obrigado a concorrer, na proporção dos seus bens e dos seus rendimentos, para o sustento da família e para a educação dos filhos, qualquer que seja o regime matrimonial adotado entre eles. A regra é geralmente utilizada para a fixação de alimentos, quando dissolvida a sociedade conjugal.

IV – *Dever de sustento, guarda e educação dos filhos*. A previsão tem relação com a solidariedade social, retirada do art. 3.º, I, da CF/1988. Em complemento, prevê o art. 1.567 do CC que "a direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos. Havendo divergência, qualquer dos cônjuges poderá recorrer ao juiz, que decidirá tendo em consideração aqueles interesses." Assim, cabe ao Poder Judiciário, suprir a vontade de um dos cônjuges, sempre no interesse da família. A norma foi elaborada em um momento que se incentivava o acesso à Justiça. Porém, a tendência atual é de *fuga do Judiciário*, na linha da *desjudicialização dos conflitos*. Em suma, a última previsão perdeu sua razão de ser.

V – *Dever de respeito e consideração mútuos*. Tais deveres, retirados da boa-fé objetiva, também tem aplicação ao casamento. Segundo Paulo Lôbo, tal dever "consulta mais a dignidade dos cônjuges, pois a lei a eles delega a responsabilidade de qualificá-los, segundo os valores que compartilhem, sem interferência do Estado-juiz na privacidade ou na intimidade, o que ocorre com o dever de fidelidade".[64] Como se nota, o jurista defende uma maior liberdade na análise dos deveres matrimoniais.

Encerrando o estudo dos efeitos pessoais do casamento, de acordo com o art. 1.570 do CC, eventualmente, a administração da sociedade conjugal e a direção da família poderão ser exercidas exclusivamente por um dos cônjuges, estando o outro: *a)* em lugar remoto ou não sabido; *b)* encarcerado por mais de 180 dias; e *c)* interditado judicialmente ou privado, episodicamente, de consciência, em virtude de enfermidade ou de acidente.

Ilustrando, a jurisprudência do Tribunal Fluminense já discutiu a incidência da norma no seguinte aresto:

"Requerimento de alvará para autorização judicial com vistas à gestão da administração do lar conjugal pela mulher. Caracterização de situação de episódica falta de discernimento pelo varão. Sentença de extinção do processo por apontada impossibilidade jurídica do pedido. Inconsistência do referido fundamento, de vez que inocorrente qualquer vedação do ordenamento jurídico à pretensão em tela. Amparo do pedido pelos arts. 1.567, parágrafo único, e 1.570 do novo Código Civil. Situação, além disso, respaldada pelo disposto no art. 1.109, CPC, que dispensa expressamente o órgão judicial de observância da legalidade estrita. Necessidade de dilação probatória. Anulação da sentença. Provimento do apelo" (TJRJ, Acórdão 2005.001.50995, 3.ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Fernando de Carvalho, j. 25.04.2006).

8.3.7 Efeitos patrimoniais do casamento. Regime de bens

8.3.7.1 Conceito de regime de bens e seus princípios

O regime matrimonial de bens pode ser conceituado como sendo o conjunto de regras de ordem privada relacionadas com interesses patrimoniais ou econômicos resultantes da entidade familiar. O CC/2002 traz, entre os seus arts. 1.639 a 1.688, regras relacionadas ao casamento, mas que também podem ser aplicadas a outras entidades familiares, caso da união estável.

Pois bem, diante da aprovação da Emenda Constitucional 66/2010 (*Emenda do Divórcio*), que, segundo a corrente seguida por este autor, baniu do sistema familiarista todas as formas de separação jurídica –, incluindo a separação judicial e a extrajudicial –, um apontamento deve ser feito. Isso,

diante de várias menções à *dissolução da sociedade conjugal* em regras relativas ao regime de bens. É notório que o divórcio põe fim ao casamento e também à sociedade conjugal, sendo certo que uma vez extinto o primeiro também estará finda a segunda categoria. Desse modo, onde se lê nos dispositivos *dissolução da sociedade conjugal*, pode-se entender *dissolução do casamento e da sociedade conjugal*. O esclarecimento de Paulo Lôbo segue tal raciocínio, merecendo destaque:

> "Agora, com o desaparecimento da tutela constitucional da separação judicial, cessaram a finalidade e a utilidade da dissolução da sociedade conjugal, porque esta está absorvida inteiramente pela dissolução do vínculo, não restando qualquer hipótese autônoma. Por tais razões, perdeu sentido o *caput* do art. 1.571 do Código Civil de 2002, que disciplina as hipóteses de dissolução da sociedade conjugal: morte, invalidade do casamento, separação judicial e divórcio. Excluindo-se a separação judicial, as demais hipóteses alcançam diretamente a dissolução do vínculo conjugal ou casamento; a morte, a invalidação e o divórcio dissolvem o casamento e *a fortiori* a sociedade conjugal".[65]

Feito tal esclarecimento, o regime de bens é regido pelos seguintes princípios fundamentais:

a) *Princípio da autonomia privada*. Trata-se do direito dos cônjuges de regulamentar as questões patrimoniais, retirado do art 1.639, *caput*, do CC, *in verbis:* "É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver". O exercício da autonomia privada se dá pelo pacto antenupcial, em regra, que não pode contrariar os preceitos de ordem pública. Sendo assim, podem os cônjuges escolher outro regime que não seja o regime legal (comunhão parcial de bens); fazendo opção pela comunhão universal, pela participação final nos aquestos ou pela separação de bens. É possível, ainda, a criação de um *regime misto*, combinando as regras dos regimes previstos em lei. Nesse sentido, o Enunciado n. 331 do CJF/STJ, da *IV Jornada de Direito Civil:* "O estatuto patrimonial do casal pode ser definido por escolha de regime de bens distinto daqueles tipificados no Código Civil (art. 1.639 e parágrafo único do art. 1.640), e, para efeito de fiel observância do disposto no art. 1.528 do Código Civil, cumpre certificação a respeito, nos autos do processo de habilitação matrimonial". Destaque-se que o *regime misto* tem sido a opção de muitos casais na atualidade, principalmente compostos por profissionais liberais que efetivamente trabalham fora de casa, e que pretendem afastar uma indesejada comunhão de todos os bens havidos durante a união. Ilustrando, é possível convencionar uma comunhão parcial de bens em relação a imóveis e uma separação de bens quanto aos móveis (caso do dinheiro). Em acréscimo a tal convenção, é possível acertar que somente haverá comunicação de valores que forem depositados em determinada conta bancária conjunta do casal.

b) *Princípio da indivisibilidade do regime de bens*. Apesar de ser possível juridicamente a criação de outros regimes que não estejam previstos em lei, não é lícito fracionar os regimes em relação aos cônjuges. Em outras palavras, o regime é único para ambos os consortes, diante da isonomia constitucional entre marido e mulher.

c) *Princípio da variedade de regime de bens*. O CC/2002 consagra quatro possibilidades de regimes de bens aos nubentes. No silêncio das partes, prevalecerá o regime da comunhão parcial, que é o *regime legal* ou *supletório* (art. 1.640, *caput*, do CC). O regime de bens adotado começa a vigorar desde a data do casamento (art. 1.639, § 1.º, do CC).

d) *Princípio da mutabilidade justificada*. Ao contrário da codificação anterior, o art. 1.639, § 2.º, do CC/2002, possibilita a alteração do regime de bens, mediante autorização judicial, em pedido motivado de ambos os nubentes, apurada a procedência das razões invocadas e desde que ressalvados os direitos de terceiros.

O último princípio merece aprofundamentos, diante de sua enorme aplicação prática. De início, cumpre destacar que a norma é clara, no sentido de somente admitir a alteração do regime mediante *pedido judicial* de ambos os cônjuges (*ação de alteração do regime de bens*, que segue jurisdição

voluntária e corre na Vara da Família, se houver). Em projeções legislativas, há tentativa de se criar a possibilidade de alteração administrativa do regime de bens, por meio de escritura pública, conforme o PL 470/2013 (*Estatuto das Famílias*).

A alteração somente é possível se for fundada em "pedido motivado", desde que "apurada a procedência das razões invocadas". Esse *justo motivo* constitui uma cláusula geral, a ser preenchida pelo juiz caso a caso, à luz da operabilidade. Como primeiro exemplo, repise-se o desaparecimento de causa suspensiva do casamento, sendo possível alterar o regime da separação obrigatória de bens para outro (Enunciado n. 262 do CJF/STJ). Como segundo exemplo, a jurisprudência paulista já deferiu a alteração, diante de dificuldades contratuais encontradas por um dos consortes:

> "Regime de Bens. Pedido de alteração do regime de comunhão parcial de bens para o de separação total. Alegação de dificuldade de contratação de financiamento para aquisição de imóvel residencial, por força das dívidas contraídas pelo cônjuge varão. Preenchimento dos requisitos previstos no art. 1.639, § 2.º, do Código Civil verificado. Ausência de óbice à alteração do regime de bens do casamento. Medida que não acarretará prejuízo algum aos cônjuges ou aos filhos. Terceiros que não serão atingidos pela alteração, que gerará efeitos apenas '*ex nunc*'. Alteração determinada. Recurso provido" (TJSP, Apelação com Revisão 600.593.4/4, Acórdão 4048973, São Paulo, 1.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, j. 08.09.2009, *DJESP* 06.11.2009).

Como terceira concreção de justo motivo para a alteração do regime de bens, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que a existência de entraves empresariais enquadra-se na cláusula geral contida no art. 1.639, § 2.º, do CC/2002: "é possível a alteração do regime da comunhão parcial para o regime da separação convencional de bens sob a justificativa de que há divergência entre os cônjuges quanto à constituição, por um deles e por terceiro, de sociedade limitada, o que implicaria risco ao patrimônio do casal, ainda que não haja prova da existência de patrimônio comum entre os cônjuges e desde que sejam ressalvados os direitos de terceiros, inclusive dos entes públicos". Da *decisio* ainda se extrai a correta ponderação de que "a melhor interpretação que se deve conferir ao art. 1.639, § 2.º, do CC/2002 é a que não exige dos cônjuges justificativas exageradas ou provas concretas do prejuízo na manutenção do regime de bens originário, sob pena de esquadrinhar indevidamente a própria intimidade e a vida privada dos consortes" (STJ, REsp 1.119.462/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 26.02.2013, publicada no seu *Informativo* n. *518*).

A alteração do regime de bens não poderá prejudicar os direitos de terceiros, em uma intenção de proteger a boa-fé objetiva e desprestigiar a má-fé. De forma alguma essa alteração do regime poderá ser utilizada com intuito de fraude, inclusive tributária. A jurisprudência tem exigido cabalmente a prova de ausência de prejuízos a terceiros (TJSP, Apelação 644.416.4/0, Acórdão 4168081, Boituva, Quarta Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 29.10.2009, *DJESP* 10.12.2009). Na mesma linha, o Enunciado n. 113 do CJF/STJ, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*: "É admissível a alteração do regime de bens entre os cônjuges, quando então o pedido, devidamente motivado e assinado por ambos os cônjuges, será objeto de autorização

judicial, com ressalva dos direitos de terceiros, inclusive dos entes públicos, após perquirição de inexistência de dívida de qualquer natureza, exigida ampla publicidade”.

Seguindo no estudo do tema, como importante questão de direito intertemporal, entende-se que é possível alterar o regime de bens de casamento celebrado na vigência do CC/1916. Trata-se de aplicação do art. 2.035, *caput*, do CC, e da *Escada Ponteana*. Nos termos desse comando legal, quanto ao plano da validade deve ser aplicada a norma do momento de celebração ou constituição do negócio. Em relação ao plano da eficácia – onde se situa o regime de bens –, incide a norma do momento da produção dos efeitos. Exemplificando, se o casamento foi celebrado em 1973, é possível alterar hoje o regime de bens, pois a localização categórica é no plano dos efeitos. Doutrinariamente, tal conclusão já constava do Enunciado n. 260 do CJF/STJ, da *III Jornada de Direito Civil*: “Arts. 1.639, § 2.º, e 2.039: A alteração do regime de bens prevista no § 2.º do art. 1.639 do Código Civil também é permitida nos casamentos realizados na vigência da legislação anterior”. Em 2005 o STJ exarou importante precedente, atualmente acompanhado por outros Tribunais:

> “Civil. Regime matrimonial de bens. Alteração judicial. Casamento ocorrido sob a égide do CC/1916 (Lei 3.071). Possibilidade. Art. 2.039 do CC/2002 (Lei 10.406). Correntes doutrinárias. Art. 1.639, § 2.º, c/c art. 2.035 do CC/2002. Norma geral de aplicação imediata. 1 – Apresenta-se razoável, *in casu*, não considerar o art. 2.039 do CC/2002 como óbice à aplicação de norma geral, constante do art. 1.639, § 2.º, do CC/2002, concernente à alteração incidental de regime de bens nos casamentos ocorridos sob a égide do CC/1916, desde que ressalvados os direitos de terceiros e apuradas as razões invocadas pelos cônjuges para tal pedido, não havendo que se falar em retroatividade legal, vedada nos termos do art. 5.º, XXXVI, da CF/1988, mas, ao revés, nos termos do art. 2.035 do CC/2002, em aplicação de norma geral com efeitos imediatos. 2 – Recurso conhecido e provido pela alínea ‘a’ para, admitindo-se a possibilidade de alteração do regime de bens adotado por ocasião de matrimônio realizado sob o pálio do CC/1916, determinar o retorno dos autos às instâncias ordinárias a fim de que procedam à análise do pedido, nos termos do art. 1.639, § 2.º, do CC/2002” (STJ, REsp 730.546/MG, Rel. Min. Jorge Scartezzini, 4.ª Turma, j. 23.08.2005, *DJ* 03.10.2005, p. 279).

Por fim, esclareça-se o art. 2.039 do CC, que poderia trazer conclusão em contrário e cuja redação é a seguinte: “O regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei 3.071, de 1.º de janeiro de 1916, é o por ele estabelecido”. Um dos primeiros juristas brasileiros a perceber a real intenção do legislador foi Euclides de Oliveira, ao explicar que esse dispositivo legal “apenas determina que, para os casamentos anteriores ao Código Civil de 2002, não poderão ser utilizadas as regras do novo Código Civil referentes às espécies de regime de bens, para efeito de partilha do patrimônio do casal. Ou seja, somente as regras específicas acerca de cada regime é que se aplicam em conformidade com a lei vigente à época da celebração do casamento, mas, quanto às disposições gerais, comuns a todos os regimes, aplica-se o novo Código Civil”.[66] Em síntese, como o art. 1.639, § 2.º, do CC/2002, é uma norma geral quanto ao regime de bens, pode ser aplicada a qualquer casamento (seja anterior ou posterior ao CC/2002), conclusão acatada pelo Tribunal Paulista em 2004 (TJSP, Apelação Cível 320.566-4/0/São Paulo, 10.ª Câmara de Direito

Privado, Rel. Marcondes Machado, 08.06.2004, v.u.).

8.3.7.2 *Regras gerais quanto ao regime de bens*

Constam entre os arts. 1.639 a 1.652 do CC/2002, merecendo especial atenção. O primeiro dispositivo já foi estudado, trazendo os princípios do regime de bens. O art. 1.640 do CC/2002, do mesmo modo abordado, é o comando legal que determina que o regime legal de bens do casamento é o da comunhão parcial, notadamente nos casos de nulidade ou ineficácia da convenção entre os cônjuges, do pacto antenupcial. A comunhão parcial é o regime legal desde a entrada em vigor da Lei do Divórcio, em 26 de dezembro de 1977 (Lei 6.515/1977). Antes da Lei do Divórcio, o regime legal era o da comunhão universal, sendo certo que muitas gerações se casaram por tal regime. No caso do autor desta obra (nascido em 1976) e de seus contemporâneos, é a situação dos nossos pais, avós, bisavós etc.

Complementando a previsão do art. 1.639 a respeito do princípio da autonomia privada, prevê o parágrafo único do art. 1.640 do CC que: "Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas".

O art. 1.641 do CC é o dispositivo que impõe o regime da separação legal ou obrigatória de bens, *in verbis:*

> I – Das pessoas que contraírem o casamento com inobservância das causas suspensivas do casamento (art. 1.523 do CC).
>
> II – Da pessoa maior de 70 anos. Destaque-se que a norma foi alterada pela recente Lei 12.344, de 9 de dezembro de 2010, uma vez que a idade antes prevista era de 60 anos.
>
> III – De todos os que dependerem de suprimento judicial para casar, caso dos menores.

A norma é considerada de ordem pública para proteção de determinadas pessoas. Em relação ao seu inc. II, é forte a corrente doutrinária e jurisprudencial que sustenta a sua inconstitucionalidade, por trazer situação discriminatória ao idoso, tratando-o como incapaz. Na verdade, tal previsão não protege o idoso, mas seus herdeiros, tendo feição estritamente patrimonialista, na contramão da tendência do Direito Privado contemporâneo, de proteger a pessoa humana (*personalização do Direito Civil*).

Reconhecendo doutrinariamente a inconstitucionalidade, o Enunciado n. 125, da *I Jornada de Direito Civil*, propõe a revogação do comando. Constam de suas justificativas: "A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes (qualquer que seja ela) é manifestamente inconstitucional, malferindo o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República, inscrito no pórtico da Carta Magna (art. 1.º, inc. III, da CF/1988).

Isso porque introduz um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses". Na mesma esteira, são as palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho: "o que notamos é uma violência escancarada ao princípio da isonomia, por conta do estabelecimento de uma velada forma de interdição parcial do idoso".[67]

Na jurisprudência não é diferente a conclusão de muitos arestos, merecendo destaque dois julgados, um do Rio Grande do Sul e outro de São Paulo, pela eminência de sues relatores (TJRS, Apelação 70004348769, 7.ª Câmara Cível, Rel.ª Maria Berenice Dias, j. 27.03.2003 e TJSP, Apelação Cível 007.512-4/2-00, 2.ª Câmara de Direito Privado Rel. Des. Cézar Peluso, j. 18.08.1998). Na opinião deste autor, o aumento da idade para os 70 anos, conforme a recente Lei n. 12.344/2010, não afastou o problema, mantendo-se a tese de inconstitucionalidade.

Dois projetos de leis que propõem a revogação do comando merecem destaque. O primeiro, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, é o *Estatuto das Famílias*, proposto pelo IBDFAM. O segundo, no Senado Federal, o PL 209/2006, de autoria do Senador José Maranhão, está amparado no parecer da Professora Silmara Juny Chinellato, Titular da USP. Mesmo *de lege ferenda*, entendemos que a norma deve ser considerada como ineficaz no momento, o que inclui a alteração legislativa que, repise-se, não resolve o problema do preconceito contra o idoso.

Superado esse ponto, os arts. 1.642 e 1.643 do CC consagram os atos que podem ser praticados por qualquer um dos cônjuges, sem autorização do outro, não importando o regime de bens adotado:

a) Praticar todos os atos de disposição e de administração necessários ao desempenho de sua profissão, com as devidas exceçõ legais (art. 1.642, I, do CC).

b) Administrar os bens próprios (art. 1.642, II, do CC).

c) Desobrigar ou reivindicar os imóveis que tenham sido gravados ou alienados sem o seu consentimento ou sem suprimento judicial (art. 1.642, III, do CC). Apesar de a lei mencionar a *reivindicação*, o caso é de anulação do ato de alienação ou da instituição real, estando a ação anulatória sujeita a prazo decadencial de dois anos, contados do término do casamento e da sociedade conjugal (art. 1.647 c/c art. 1.649 do CC, atualizados com a EC 66/2010).

d) Demandar a rescisão dos contratos de fiança e doação, ou a invalidação do aval, realizados pelo outro cônjuge com infração d disposto nos incs. III e IV do art. 1.647, dispositivo que será estudado a seguir (art. 1.642, IV, do CC). Novamente, apesar de a lei expressar a rescisão (que gera a extinção por motivo posterior à celebração), o caso é de anulação da fiança e do aval, o que gera a extinção dos mesmos por motivo anterior ou concomitante à celebração (art. 1.647 do CC) no prazo decadencial de dois anos, contados do fim do casamento e da sociedade conjugal (art. 1.649 do CC).

e) Reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo outro cônjuge ao concubino, desde que provado que os bens não foram adquiridos pelo esforço comum destes, se o casal estiver separado de fato por mais de cinco anos (art. 1.642, V, do CC). Por óbvio que esse dispositivo não deve ser aplicado havendo uma união estável entre o doador e o donatário. Mais uma vez, não se trata de reivindicação, mas de anulação da doação, nos termos do art. 550 do CC, norma que trata da matéria com maior especialidade e que deve prevalecer. De toda sorte, conforme exposto no Capítulo 6 desta obra, o último dispositivo tem aplicação restrita às hipóteses de doação ao concubino, merecendo críticas.

f) Praticar todos os atos que não lhes forem vedados expressamente em lei, o que decorre da máxima pela qual, para o Direito

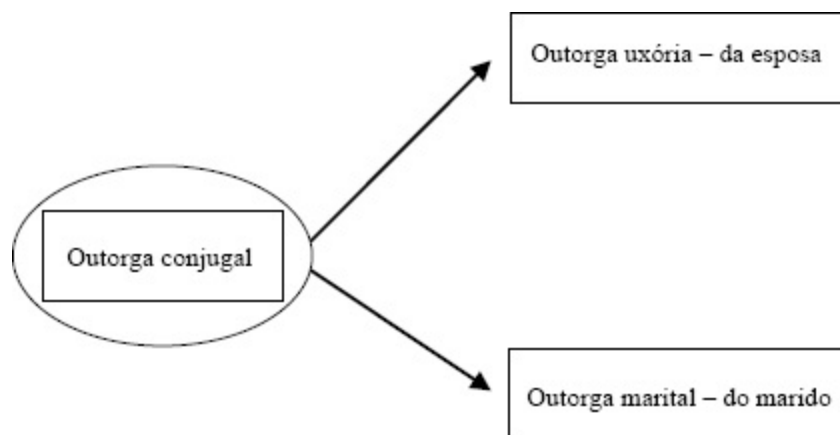
Civil, o que não está proibido está permitido (art. 1.642, VI, do CC).

g) Comprar, ainda a crédito, as coisas necessárias à economia doméstica (art. 1.643, I, CC).

h) Obter, por empréstimo, as quantias que a aquisição dessas coisas possa exigir (art. 1.643, II, do CC).

Relativamente às últimas duas previsões, atos relacionados com as economias domésticas, dispõe o art. 1.644 do CC que haverá *solidariedade passiva legal* de ambos os cônjuges. Ilustrando, em relação aos gastos mensais de supermercado, contas de água, luz, telefone, gás e condomínio do imóvel do casal haverá a citada solidariedade.

Com relação às ações fundadas nos incs. III, IV e V do art. 1.642, essas competem ao cônjuge prejudicado e a seus herdeiros (art. 1.645). No caso dos incs. III e IV do art. 1.642, o terceiro, prejudicado com a sentença favorável ao autor, terá direito regressivo contra o cônjuge, que realizou o negócio jurídico, ou seus herdeiros (art. 1.646).

Mitigando a liberdade constante nos arts. 1.642 e 1.643 do CC, o art. 1.647 enuncia os atos e negócios que exigem *outorga conjugal*, restringindo a autonomia privada. Trata-se de um dos mais importantes dispositivos do livro de Direito de Família. De início, destaque-se que a outorga conjugal pode ser assim classificada:

A outorga conjugal envolve *legitimação*, estando no plano da validade dos atos e negócios ali previstos. Antes de se estudar quais são os atos que exigem outorga, insta verificar a exceção constante do *caput* do art. 1.647. Por esse comando, a outorga é dispensada se os cônjuges forem casados pelo regime da *separação absoluta*. Que regime seria esse, afinal de contas o CC/2002 trata apenas da separação de bens, podendo essa ser legal (art. 1.641) ou convencional (arts. 1.687 e 1.688)? No tocante à separação convencional de bens, não existem maiores debates, havendo uma separação absoluta, pela redação do art. 1.687 do CC. A polêmica gira em torno da antiga Súmula 377 do STF, um dos temas mais conflituosos do atual Direito de Família brasileiro.

A súmula – de abril de 1964 –, enuncia que "No regime da separação legal comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento". Assim, no regime da separação obrigatória haveria algo próximo de uma comunhão parcial, comunicando-se os bens havidos durante a união, pelo

esforço patrimonial dos cônjuges. Em suma, *se ainda incidente a súmula na separação legal não haveria uma separação absoluta, pois alguns bens se comunicam*.

Deve ficar claro que este autor segue o entendimento pela necessidade de prova do esforço comum para que surja o direito à participação do cônjuge na separação legal ou obrigatória de bens (nesse sentido: STJ, REsp 442.629/RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4.ª Turma, j. 02.09.2003, *DJ* 15.09.2003, p. 324, *REPDJ* 17.11.2003, p. 332).

Todavia, a dedução não é pacífica, diante da existência de entendimento que dispensa a prova do citado esforço comum para a aplicação da súmula (STJ, REsp 1.171.820/PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 07.12.2010, *DJe* 27.04.2011; REsp 1.090.722/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, 3.ª Turma, j. 02.03.2010, *DJe* 30.08.2010; REsp 736.627/PR, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3.ª Turma, j. 11.04.2006, *DJ* 01.08.2006, p. 436). Como se nota, os acórdãos superiores mais recentes dispensam a prova do esforço comum, transformando a separação obrigatória de bens em comunhão parcial, uma vez que todos os bens havidos durante o casamento se comunicam.

Pois bem, mas a questão a ser respondida é se a Súmula 377 do STF ainda tem ou não aplicação, o que repercute diretamente na interpretação do art. 1.647, *caput*, do CC. Duas são as correntes que podem ser apontadas a respeito de tão intrincada questão.

1.ª Corrente – A súmula está cancelada, pois o CC/2002 não repetiu o art. 259 do CC/1916 que supostamente lhe dava fundamento (Art. 259. "Embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento"). Na doutrina, encabeçam esse entendimento Silvio Rodrigues,[68] Francisco Cahali[69] e José Fernando Simão.[70] Para essa corrente, haveria separação absoluta tanto na separação convencional quanto na separação legal de bens, pois nos dois regimes nada se comunica.

2.ª Corrente – A súmula não está cancelada, diante da vedação do enriquecimento sem causa, retirada dos arts. 884 a 886. Assim, urge a comunicação dos bens havidos pelo esforço comum para se evitar o locupletamento sem razão. Essa corrente parece ser a prevalente, seguida por Nelson Nery Jr. e Rosa Nery,[71] Zeno Veloso,[72] Rodrigo Toscano de Brito,[73] Paulo Lôbo,[74] Maria Berenice Dias,[75] Maria Helena Diniz,[76] Sílvio Venosa,[77] Eduardo de Oliveira Leite,[78] Rolf Madaleno,[79] Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald[80], Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho[81]. Destaque-se que alguns doutrinadores dispensam até a prova do esforço comum, caso de Paulo Lôbo e Maria Berenice Dias. Seguindo essa dedução somente há separação absoluta na separação convencional, eis que na separação legal haverá comunicação dos bens havidos pelo esforço comum, entendimento ao qual se filia.

Apesar da adesão à segunda corrente, que tende a prevalecer também na jurisprudência, deve ser repisado que esse é um dos temas mais divergentes no Direito de Família contemporâneo nacional. Superada tal problemática, vejamos quais são os atos e negócios que exigem a outorga conjugal, nos termos do art. 1.647 do CC/2002:

a) Alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis. Exemplos: vender, hipotecar ou celebrar compromisso de compra e venda de

imóvel.

b) Pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos, norma de cunho processual.

c) Prestar fiança ou aval. A previsão do aval é novidade no CC/2002 criando divergência, como se verá a seguir.

d) Fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação. Em complemento, são consideradas válidas as doações nupciais feitas aos filhos quando casarem ou estabelecerem economia separada (art. 1.647, parágrafo único, do CC).

A falta da outorga conjugal pode ser suprida pelo juiz, quando um cônjuge não puder concedê-la ou a denegue de maneira injusta (art. 1.648 do CC). Para se verificar se a denegação é justa ou não, devem ser levados em conta os interesses da família, sobretudo dos filhos do casal.

Tal ausência, não havendo suprimento, gera a anulação do negócio jurídico (nulidade relativa), estando a ação anulatória sujeita a prazo decadencial de dois anos, a contar da dissolução da sociedade conjugal (art. 1.649 do CC). Essa ação somente pode ser proposta pelo cônjuge preterido ou por seus herdeiros, considerados pela lei como legítimos interessados (art. 1.650).

Mesmo sendo expressa a lei a respeito da solução da anulabilidade, surge polêmica em relação ao inc. III do art. 1.647 na menção ao aval. Isso porque é forte a conclusão no sentido de que o aval deve ser considerado apenas ineficaz em relação ao cônjuge que não assentiu e não anulável. Nesse sentido, o Enunciado n. 114 do CJF/STJ: "O aval não pode ser anulado por falta de vênia conjugal, de modo que o inc. III do art. 1.647 apenas caracteriza a inoponibilidade do título ao cônjuge que não assentiu". O enunciado é *contra legem*, mas acaba consubstanciando forte posicionamento dos juristas do Direito Empresarial, uma vez que a anulação do aval feriria o princípio da plena circulação dos títulos de crédito.[82]

Na jurisprudência, podem ser encontrados julgados que aplicam o teor do enunciado doutrinário em comento (TJSC, Agravo de Instrumento 2008.043814-8, Rio do Oeste, 2.ª Câmara de Direito Comercial, Rel. Des. Jorge Henrique Schaefer Martins, *DJSC* 29.09.2009, p. 98 e TJMG, Apelação Cível 1.0134.07.084648-7/0011, Caratinga, 11.ª Câmara Cível, Rel. Des. Selma Marques, j. 21.01.2009, *DJEMG* 13.02.2009). Porém, a questão não é pacífica, pois há decisões em sentido contrário, fazendo incidir a literalidade do art. 1.649 do atual Código Civil, concluindo pela anulação do aval (TJSP, Apelação 7024903-5, Acórdão 3173435, São Paulo, 20.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Luis Carlos de Barros, j. 04.08.2008, *DJESP* 27.08.2008).

Superada mais essa controvérsia, é interessante fazer observação a respeito do direito intertemporal. Isso porque na vigência do CC/1916 prevalecia o entendimento de que a falta da outorga conjugal geraria nulidade absoluta do ato, conclusão retirada, entre outros, dos arts. 235, 242 e 252 da codificação anterior (concluindo assim: STJ, REsp 797.853/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5.ª Turma, j. 27.03.2008, *DJ* 28.04.2008, p. 1). Como visto, o CC/2002 consagra a consequência da anulabilidade em decorrência da falta da outorga.

Pois bem, aplicando-se o art. 2.035, *caput*, do CC, e a aclamada *Escada Ponteana*, se o ato foi celebrado na vigência do CC/1916 sem outorga, será nulo, mesmo que a ação seja proposta na vigência do atual Código. Se praticado na vigência do CC/2002 sem outorga será anulável. Isso parece justificar o teor da Súmula 332 do STJ, pela qual a falta da outorga conjugal na fiança gera a *ineficácia total da garantia*. Como se pode perceber, a ementa não menciona se o contrato é nulo ou anulável, mas ineficaz. E, como se sabe, o que é inválido, em regra, não gera efeitos.

Em relação à administração dos bens do casamento, quando um dos cônjuges não puder exercê-la, segundo o regime de bens adotado, caberá ao outro: *a)* gerir os bens comuns e os do consorte; *b)* alienar os bens móveis comuns; *c)* alienar os imóveis comuns e os móveis ou imóveis do consorte, mediante autorização judicial (art. 1.651).

A encerrar as regras gerais do regime de bens, o art. 1.652 do CC consagra a responsabilidade de cada cônjuge na administração de bens do casal, respondendo tanto em relação ao outro quanto aos seus herdeiros eventualmente prejudicados. O cônjuge é tratado como usufrutuário dos bens, havendo rendimentos comuns (*v.g.*, aluguéis de imóveis comuns). É também considerado procurador, havendo mandato expresso ou tácito para administração dos bens comuns. Por fim, se o cônjuge guardar bens móveis do casal, será equiparado a depositário da coisa.

8.3.7.3 Regras quanto ao pacto antenupcial

O pacto antenupcial constitui um contrato formal e solene pelo qual as partes regulamentam as questões patrimoniais relativas ao casamento (arts. 1.653 a 1.657 do CC). A natureza contratual do instituto é afirmada por juristas como Silvio Rodrigues,[83] Paulo Lôbo[84] e Maria Helena Diniz.[85] Sendo um contrato, é perfeitamente possível aplicar ao pacto antenupcial os princípios da função social do contrato (art. 421 do CC) e da boa-fé objetiva (art. 422 do CC). Nessa linha, transcreve-se precisa e polêmica ementa da jurisprudência paulista:

> "Ação anulatória. Tutela antecipada que suspendeu os efeitos do pacto antenupcial firmado entre as partes. Manutenção. Como qualquer negócio jurídico, está sujeito a requisitos de validade e deve ser iluminado e controlado pelos princípios da boa-fé objetiva e da função social. Não se alega coação e nem vício de consentimento, mas nulidade por violação a princípios cogentes que regem os contratos. Pressupõe o regime da comunhão universal de bens a comunhão de vidas, a justificar a construção de patrimônio comum, afora as exceções legais. O litígio entre o casal, que desbordou para os autos do inventário da genitora da autora, e a significativa mutação patrimonial fundada em casamento de curtíssima duração, autorizam a suspensão dos efeitos do pacto antenupcial. Não há como nesta sede acatar os argumentos do recorrente acerca de violação a direito adquirido, ou a exercício regular de direito, pois o que por ora se discute é a validade do negócio nupcial, e sua aptidão a gerar efeitos patrimoniais. Decisão mantida. Recurso não provido" (TJSP, Agravo de Instrumento 569.461.4/8, Acórdão 2706323, São Paulo, 4.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Eduardo Loureiro, j. 10.07.2008, *DJESP* 29.07.2008).

Trazendo requisito formal e solene para o pacto antenupcial, enuncia o art. 1.653 do CC que o

negócio deve ser feito por escritura pública no Cartório de Notas, sendo nulo se assim não o for e ineficaz se não ocorrer o casamento. Sendo desrespeitada tal formalidade, o pacto será nulo, por desrespeito à forma e à solenidade (art. 166, IV e V, do CC). Todavia, diante do princípio da conservação dos negócios jurídicos, a nulidade do pacto não atinge o casamento, que será válido e regido pela comunhão parcial de bens.

Além disso, se o pacto antenupcial preencher tais requisitos, mas não ocorrer o casamento, será válido, mas ineficaz. Trata-se de negócio celebrado sob condição suspensiva, uma vez que só começa a produzir efeitos com o casamento.

Em relação ao pacto antenupcial celebrado por menor, a sua eficácia fica condicionada à aprovação de seu representante legal, salvo as hipóteses do regime de separação obrigatória de bens (art. 1.654 do CC). Obviamente que os menores mencionados são aqueles entre a idade de 16 a 18 anos. Tal aprovação não se confunde com a autorização dos representantes legais exigida para o casamento dessas pessoas.

Com relevante impacto prático, o art. 1.655 do CC dispõe que é nula a convenção ou cláusula que constar no pacto que conflite com disposição absoluta de lei, ou seja, que colida com *normas de ordem pública*. A norma limita a autonomia privada no pacto, assim como a função social do contrato o faz nos contratos em geral (art. 421 do CC). Vejamos três exemplos de aplicação do primeiro comando:

– É nula a cláusula que exclui o direito à sucessão no regime da comunhão parcial de bens, afastando a concorrência sucessória do cônjuge com os ascendentes (STJ, REsp 954.567/PE, 3.ª Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 10.05.2011, *DJE* 18.05.2011).
– É nula a cláusula do pacto antenupcial que afasta a incidência do art. 1.647 do CC nos regimes da comunhão universal e da comunhão parcial de bens, por prejudicar a meação da esposa.
– É nula a cláusula que consagra a administração exclusiva dos bens do casal pelo marido, enunciando que a mulher é incompetente para tanto. A previsão é nula por estar distante da isonomia constitucional entre homens e mulheres.

Consigne-se que a nulidade da cláusula do pacto antenupcial, em regra, não prejudica o restante do ato, aplicando-se o *princípio da conservação dos negócios jurídicos*. Reduz-se o negócio jurídico, retirando-se a cláusula nula e mantendo-se o restante do pacto (art. 184 do CC).

No que concerne ao pacto antenupcial que adotar o regime da participação final dos aquestos, é possível convencionar a livre disposição dos bens imóveis desde que particulares (art. 1.656 do CC). Isso é assim, pois, conforme será exposto, durante o casamento por tal regime há uma separação convencional de bens (art. 1.688). A norma mitiga a regra do art. 1.647, I, do CC, dispensando a outorga conjugal se isso for convencionado.

Por derradeiro, para que tenha efeitos *erga omnes*, ou seja, contra terceiros, os pactos antenupciais deverão ser averbados em livro especial pelo oficial do Registro de Imóveis do

domicílio dos cônjuges (art. 1.657 do CC). Na esteira da melhor doutrina, cumpre destacar que a eficácia perante terceiro do pacto decorre da escritura pública e do posterior regime do casamento.[86] Sendo assim, parece desnecessário o citado registro se o casal não tiver bens imóveis.

8.3.7.4 *Regime de bens. Regras especiais*

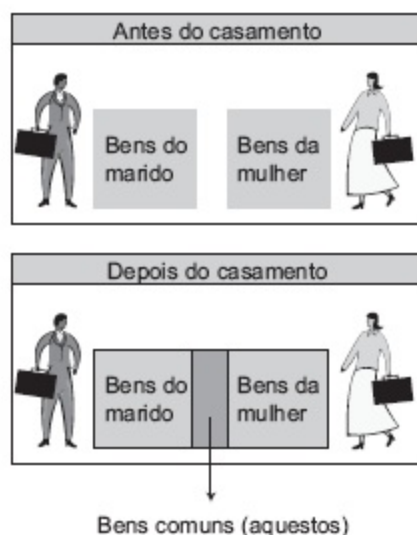
Como exposto, quatro são os regimes previstos pela atual Codificação Civil:

- Regime da comunhão parcial – arts. 1.658 a 1.666 do CC.
- Regime da comunhão universal de bens – arts. 1.667 a 1.671 do CC.
- Regime da participação final nos aquestos – arts. 1.672 a 1.686 do CC.
- Regime da separação de bens – arts. 1.687 e 1.688 do CC.

Duas observações são pertinentes. Primeiro, foi extinto o *regime dotal*, conhecido como regime dos coronéis. Segundo, o rol não é taxativo (*numerus clausus*), mas exemplificativo (*numerus apertus*), sendo possível criar outro regime, inclusive combinando regras dos já existentes. Vejamos quais são essas regras especiais, regime por regime.

a) Regime da comunhão parcial de bens

Trata-se do *regime legal ou supletório*, que valerá para o casamento se não houver pacto entre os cônjuges ou sendo este nulo ou ineficaz (art. 1.640, *caput*, do CC). A regra básica do regime da comunhão parcial é a seguinte: comunicam-se os bens havidos durante o casamento com exceção dos incomunicáveis (art. 1.658 do CC). Esquematizando:

Regime da comunhão parcial de bens

Do esquema acima, destaque-se que os bens comunicáveis formam os *aquestos*, sobre os quais o outro cônjuge tem direito à meação. Entretanto, há bens que não se comunicam nesse regime, descritos no art. 1.659 do CC:

I – *Os bens que cada cônjuge já possuía ao casar e aqueles havidos por doação ou sucessão, bem como os sub-rogados no seu lugar (sub-rogação real, substituição de uma coisa por outra)*. A norma trata dos bens particulares, que são os bens anteriores e os havidos por herança ou doados a um dos cônjuges.

II – *Os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares*. A previsão deve ser interpretada restritivamente, no sentido de que se o bem é adquirido também com esforço do outro cônjuge, de qualquer natureza, haverá comunicação.

III – *As obrigações anteriores ao casamento, caso das dívidas pessoais que cada cônjuge já possuía ao casar*.

IV – *As obrigações decorrentes de ato ilícito, salvo reversão em proveito do casal*. A título de exemplo, se os cônjuges possuem uma fazenda e o marido, na administração desta, causar um dano ambiental, haverá responsabilidade solidária do casal, respondendo todos os seus bens. Isso porque a atividade desenvolvida na fazenda era realizada em benefício do casal.

V – *Os bens de uso pessoal de cada um dos cônjuges* (*v.g.*, joias da família, roupas, escova de dentes, relógios, celulares, CDs, DVDs); *os livros* (*v.g.*, obras jurídicas, coleções raras etc.); *e os instrumentos de profissão* (bisturi, fita métrica, máquina de costura).

VI – *Os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge*, o que inclui o salário, as remunerações em sentido amplo e a aposentadoria. Há problema técnico em relação a tal comando, pois se interpretado na literalidade, nada ou quase nada se comunicará nesse regime. Desse modo, na esteira da melhor doutrina, a norma merece interpretação restritiva.[87] A correta interpretação deve ser no sentido de que se os proventos forem recebidos durante a união haverá comunicação, prevalecendo a norma do art. 1.688 do CC. Diante desse problema, o PL 699/2011 (antigo PL 6.960/2002) pretende revogar a previsão, o que viria em boa hora. Sem prejuízo dessa proposta, cumpre anotar o entendimento de Silmara Juny de Abreu Chinellato, para quem não haveria comunicação, por essa norma, dos rendimentos de direitos patrimoniais do autor, tidos como proventos do seu trabalho.[88] Por uma questão de valorização da atuação intelectual do autor, gerador de verdadeiro direito de personalidade, filia-se a tal forma de pensar.

VII – *As pensões* (quantias pagas de forma periódica em virtude de lei, decisão judicial, ato *inter vivos* ou *mortis causa*, visando a subsistência de alguém), *meios-soldos* (metade do valor que o Estado paga ao militar reformado) *e montepios* (pensão paga pelo Estado aos herdeiros de um funcionário público falecido), *bem como outras rendas semelhantes* e que têm caráter pessoal.[89] Mais uma vez deve-se interpretar restritivamente a previsão, pois se tais valores forem recebidos durante o casamento, haverá comunicação dos bens.

Por outra via, o art. 1.660 da codificação traz o rol dos bens comunicáveis no regime, a saber:

I – *Os bens adquiridos na constância do casamento a título oneroso, ainda que em nome de somente um dos cônjuges*. Essa previsão entra em conflito com o inciso VI do art. 1.659, devendo prevalecer, pois relacionada com o próprio *espírito do regime*. Para a comunicação não há necessidade de prova de esforço comum, havendo presunção de ingresso nos aquestos.

II – *Os bens adquiridos por fato eventual com ou sem colaboração do outro cônjuge*. Exemplos: valores recebidos em decorrência de jogos, apostas e loterias em geral.

III – *Os bens adquiridos por doação, herança ou legado em favor de ambos os cônjuges*. Haverá comunicação eis que o benefício é dado a ambos.

IV – *As benfeitorias necessárias, úteis e voluptuárias em bens particulares de cada cônjuge*. As benfeitorias são bens acessórios, introduzidas de forma onerosa e que valorizam a coisa principal, havendo uma presunção de aquisição onerosa. A

comunicação deve ser estendida às acessões, conforme propõe o PL 276/2007, a partir das lições da doutrina.[90]

V – *Os frutos civis (rendimentos) ou naturais decorrentes de bens comuns ou particulares de cada cônjuge percebidos na constância do casamento, ou pendentes quando cessar a união*. Devem ser incluídos, por analogia, os produtos. Também devem ser incluídas as verbas trabalhistas por um dos cônjuges durante a união, segundo o STJ, para quem "Ao cônjuge casado pelo regime da comunhão parcial de bens é devida a meação das verbas trabalhistas pleiteadas judicialmente durante a constância do casamento. As verbas indenizatórias decorrentes da rescisão do contrato de trabalho só devem ser excluídas da comunhão quando o direito trabalhista tenha nascido ou tenha sido pleiteado após a separação do casal. Recurso especial conhecido e provido" (STJ, 3.ª Turma, REsp 646.529/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 21.06.2005, *v.u.*, *BOLAASP* 2.480/3.969).

Além dessas previsões, do art. 1.660 do CC, a lei civil considera incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento (art. 1.661 do CC). Exemplificando, é a hipótese de um rapaz solteiro que vende a crédito um terreno seu, cujo valor é recebido após a celebração do casamento sob o regime da comunhão parcial. Tal valor é incomunicável, pois a sua causa é anterior ao matrimônio.[91]

Relativamente aos bens móveis, o CC/2002 consagra a presunção de que foram adquiridos na constância da união, ou seja, haverá comunicação (art. 1.662 do CC). Conclui-se que essa presunção é relativa (*iuris tantum*), cabendo prova em contrário de quem alega que o bem é exclusivo e incomunicável (TJMG, Acórdão 1.0051.04.009518-7/001, Bambuí, 2.ª Câmara Cível, Rel. Des. Caetano Levi Lopes, j. 24.05.2005, *DJMG* 10.06.2005).

A administração do patrimônio comum compete a qualquer um dos cônjuges, diante da isonomia constitucional e do sistema de colaboração presente nesse regime de bens (art. 1.663 do CC). As dívidas contraídas no exercício dessa administração obrigam os bens comuns e particulares do cônjuge que os administra, e os do outro cônjuge na razão do proveito que houver auferido (art. 1.663, § 1.º). Concretizando, o marido tem uma empresa, anterior ao casamento, e a administra sozinho. Por tal conduta de administração, a parte que a esposa tem nos bens comuns e os seus bens exclusivos não respondem por dívidas contraídas pelo marido na administração da empresa, uma vez que o bem é anterior.

A anuência de ambos os cônjuges é necessária para os atos que, a título gratuito, impliquem a cessão do uso ou gozo dos bens comuns, caso da instituição de um usufruto ou da celebração de um contrato de comodato de imóvel pertencente a ambos (art. 1.663, § 2.º, do CC). Havendo prova de dilapidação do patrimônio ou do desvio de bens, o juiz poderá atribuir a administração a apenas um dos cônjuges, analisando as provas dessa má administração (art. 1.663, § 3.º, do CC).

Os bens da comunhão ainda respondem pelas obrigações contraídas pelo marido ou pela mulher para atender aos encargos da família, às despesas de administração e às decorrentes de imposição legal (art. 1.664 do CC). Para exemplificar, os bens da comunhão respondem pelas dívidas domésticas; pelas despesas de alimentação da família; pelas despesas de aluguel e condomínio do apartamento do casal e pela contas de consumo mensal.

No tocante à administração e à disposição dos bens constitutivos do patrimônio particular, tais atos competem ao cônjuge proprietário, salvo convenção diversa em pacto antenupcial (art. 1.665). A norma constitui novidade e deve ser confrontada com o art. 1.647 do CC. A polêmica que surge interroga a necessidade da outorga conjugal para a venda de um bem imóvel anterior (bem particular) por um dos cônjuges na comunhão parcial. A correta interpretação é que a outorga em casos tais é necessária, prevalecendo a regra do art. 1.647, I, do CC, sob pena de anulação do ato. Com essa dedução jurídica, o Enunciado n. 340 do CJF/STJ: "No regime da comunhão parcial de bens é sempre indispensável a autorização do cônjuge, ou seu suprimento judicial, para atos de disposição sobre bens imóveis". A conclusão tem o fito de proteger eventuais benfeitorias introduzidas nos bens particulares que, como antes exposto, são comunicáveis neste regime (art. 1.660, IV, do CC).

Finalizando o tratamento da comunhão parcial, o art. 1.666 do CC determina que as dívidas contraídas por qualquer dos cônjuges na administração de seus bens particulares e em benefício destes não obrigam os bens comuns.

b) Regime da comunhão universal de bens

Regra básica do regime: comunicam-se tanto os bens anteriores, presentes e posteriores à celebração do casamento, ou seja, há uma *comunicação plena nos aquestos*, o que inclui as dívidas passivas de ambos (art. 1.667 do CC). Vejamos o esquema gráfico:

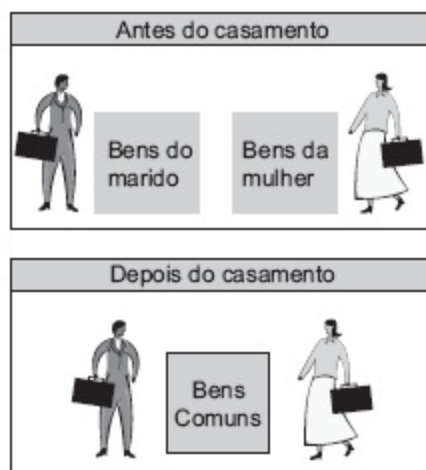
Regime da comunhão universal de bens

Antes do casamento

Bens do marido

Bens da mulher

Depois do casamento

Bens Comuns

Destaque-se que a comunicação é plena, mas não absoluta, pois existem bens incomunicáveis descritos no art. 1.668 do CC:

I – *Bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade, e os correspondentes sub-rogados (sub-rogação real, substituição de uma coisa por outra)*. Por essa cláusula, como o próprio nome já diz, afasta-se a comunhão em qualquer regime. Se instituída por testamento na legítima, enuncia o art. 1.848 do CC que esta cláusula deve ser justificada.

II – *Bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva* . O fideicomisso é uma forma de substituição testamentária em que um primeiro herdeiro (fiduciário) pode ser substituído por outro

(fideicomissário). Quando o bem estiver com o fiduciário (1.º herdeiro) haverá incomunicabilidade, pois a sua propriedade é resolúvel, protegendo-se o direito do fideicomissário (2.º herdeiro).

III – *As dívidas anteriores ao casamento, salvo se tiverem como origem dívidas relacionadas com o casamento, ou aquelas que se reverterem em proveito comum*. Desse modo, são *comunicáveis*, as dívidas relativas à aquisição do imóvel do casal, da mobília e do enxoval; bem como as despesas para a festa do casamento.

IV – *As doações antenupciais feitas por um dos cônjuges a outro, com cláusula de incomunicabilidade.*

V – *Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659 do CC (bens de uso pessoal, livros, instrumentos de profissão, proventos do trabalho de cada um e pensões em geral)*. Como apontado no estudo da comunhão parcial de bens, as duas últimas previsões merecem interpretação restritiva. (destacamos)

Quanto aos frutos, são eles comunicáveis, mesmo que sejam retirados de bens incomunicáveis, mas desde que vençam ou sejam percebidos na constância do casamento (art. 1.669 do CC). Para ilustrar, os aluguéis retirados por um dos cônjuges em relação a um imóvel recebido com cláusula de incomunicabilidade são comunicáveis.

O art. 1.670 do CC/2002 aduz que, quanto à administração dos bens na comunhão universal, devem ser aplicadas as mesmas regras vistas para a comunhão parcial. Desse modo, os arts. 1.663, 1.665 e 1.666 do CC subsumem-se à comunhão universal de bens.

Por derradeiro, sendo extinta a comunhão pela dissolução do casamento e sendo efetuada a divisão do ativo e do passivo entre as partes, cessará a responsabilidade de cada um para os credores do outro (art. 1.671 do CC). Obviamente, sobre uma eventual dívida que surja após o fim da união, mas cuja origem está no período da vida em comunhão, haverá responsabilidade do cônjuge.

c) Regime da participação final nos aquestos

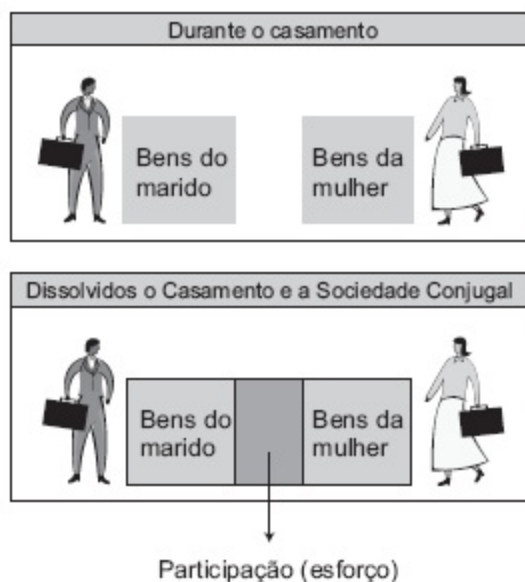
Trata-se de um regime novo que veio a substituir o regime dotal. Conforme leciona Eduardo de Oliveira Leite, tal regime foi “importado dos países nórdicos, mais especificamente da Suécia, dali passando para a Alemanha (1957) e, depois para a França (1965)”.[92] O jurista deixa clara a sua perplexidade pelo fato de um regime adotado por países ricos ser inserido no nosso sistema, estando distante da realidade brasileira. Soma-se a isso a constatação de Silmara Juny Chinellato de se tratar de um *regime contábil e complexo*, que desestimula a sua adoção no campo social.[93] Nessa quase uma década de vigência do CC/2002, raras são as notícias de opções por tal regime de bens, próprio para casal de empresários, como afirma Maria Helena Diniz.[94]

Como regra fundamental do regime, durante o casamento há uma separação convencional de bens, e, no caso de dissolução da sociedade conjugal, algo próximo de uma comunhão parcial de bens. Finda a união, cada cônjuge terá direito a uma participação daqueles bens para os quais colaborou para a aquisição, devendo provar o esforço patrimonial para tanto, eis que o art. 1.672 do CC preconiza que caberá direito à metade dos bens adquiridos a título oneroso durante a união.

Pelo esquema a seguir já se demonstra a complexidade do regime, pois devem ser levados em

conta como momentos de comparação *durante o casamento* e *dissolvidos o casamento e sociedade conjugal*.

Isso porque se forem levados em conta como momentos *antes do casamento* e *depois do casamento* – como nos outros regimes –, nada muda, pois há uma separação convencional de bens durante a união. Vejamos:

Regime da participação final nos aquestos

Deve ficar claro que os *bens de participação não se confundem com a meação*, pois a última independe da prova de esforço comum para a comunicação. Sendo assim, como aponta Silmara Juny Chinellato, há equívoco nos dispositivos que fazem uso do termo meação, caso dos arts. 1.676, 1.678 e 1.682.[95] Diante disso, onde se lê *meação*, deve-se entender *participação*.

Conforme o art. 1.673, integram o patrimônio próprio ou particular os bens que cada cônjuge possuía ao casar e os por ele adquiridos, a qualquer título, na constância do casamento. A administração desses bens é exclusiva de cada cônjuge, que os poderá livremente alienar, se forem móveis, na constância da união. Nesse comando é que reside diferença fundamental em relação à comunhão parcial, pois no último caso os bens adquiridos durante a união, em regra, presumem-se de ambos.

Porém, ocorrendo a dissolução do casamento e da sociedade conjugal, deverá ser apurado o montante dos aquestos (parte comunicável), excluindo-se da soma dos patrimônios próprios, nos termos do art. 1.674 do CC:

- Os bens anteriores ao casamento e os que em seu lugar se sub-rogaram (substituição real ou objetiva).
- Os bens que sobrevieram a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade.
- As dívidas relativas a esses bens.

Salvo prova em contrário, presumem-se adquiridos durante o casamento os bens móveis (art. 1.674, parágrafo único, do CC). Nesse último ponto, está presente proximidade a comunhão parcial, havendo uma presunção relativa (*iuris tantum*) de participação.

Ao se determinar o montante dos aquestos, será computado o valor das doações feitas por um dos cônjuges, sem a necessária autorização do outro (art. 1.675 do CC). Nesse caso, o bem poderá ser reivindicado pelo cônjuge prejudicado ou por seus herdeiros; ou declarado no monte partilhável por valor equivalente ao da época da dissolução. Mais uma vez, apesar da lei falar em *reivindicação*, anote-se que, realizada a doação sem a outorga conjugal, o ato é anulável, sujeita a ação anulatória a prazo decadencial de dois anos (arts. 1.647 e 1.649 do CC).

O valor dos bens alienados em detrimento da meação (ou melhor, da participação) deve ser incorporado ao monte partível, se não houver preferência do cônjuge lesado, ou de seus herdeiros, de reivindicá-los (art. 1.676 do CC). Como se pode notar, o regime é justo, pela valorização do trabalho, mas de difícil aplicação prática diante de sua complexidade.

No que tange às dívidas posteriores ao casamento, contraídas por um dos cônjuges, somente este responderá, salvo prova de terem revertido, parcial ou totalmente, em benefício do outro ou do casal (art. 1.677 do CC). Se um dos cônjuges solveu uma dívida do outro com bens do seu patrimônio, o valor do pagamento deve ser atualizado e imputado, na data da dissolução, à meação do outro cônjuge (art. 1.678 do CC). Isso deverá ser provado por quem alega o pagamento da dívida, como, por exemplo, por meio de recibos ou notas fiscais, que devem ser guardados por aquele que fez o desembolso. Para essa prova, é possível até que um cônjuge exija recibo do outro, o que demonstra a inviabilidade do regime, diante do espírito de conduta do brasileiro. Essa exigência, nos comuns relacionamentos de nosso País, até pode motivar a separação do casal.

Além dessas regras de divisão, "no caso de bens adquiridos pelo trabalho conjunto, terá cada um dos cônjuges uma quota igual no condomínio ou no crédito por aquele modo estabelecido" (art. 1.679 do CC). Em regra, vale a divisão igualitária, o que comporta prova em contrário no sentido de que houve uma colaboração superior à metade do valor do bem.

As coisas móveis, em face de terceiros, presumem-se do domínio do cônjuge devedor, salvo se o bem for de uso pessoal do outro (art. 1.680 do CC). Ilustre-se com a hipótese em que um dos cônjuges assina contrato de financiamento para aquisição de um veículo. Perante o credor, o bem é do cônjuge que constar do contrato.

Por outra via, os bens imóveis são de propriedade do cônjuge cujo nome constar no registro, salvo impugnação dessa titularidade, cabendo ao cônjuge proprietário o ônus de provar a aquisição regular dos bens de forma individual (art. 1.681 do CC). Nota-se que no último caso o ônus de provar não é de quem alega o domínio, mas daquele cuja titularidade consta do registro, havendo uma inversão do ônus da prova. A regra é injusta, diante da dificuldade de prova, podendo-se falar

em *prova diabólica*. Em suma, recomenda-se que, durante o regime, um cônjuge solicite ao outro uma declaração, de que o bem imóvel foi adquirido somente por seus recursos. Mais uma vez, essa exigência documental pode desestabilizar o relacionamento.

Nos termos literais do art. 1.682 do CC, o direito à meação nesse regime é irrenunciável, incessível e impenhorável. Mais uma vez, repise-se, na esteira da melhor doutrina, que onde se lê *meação*, deve-se entender *participação*.[96]

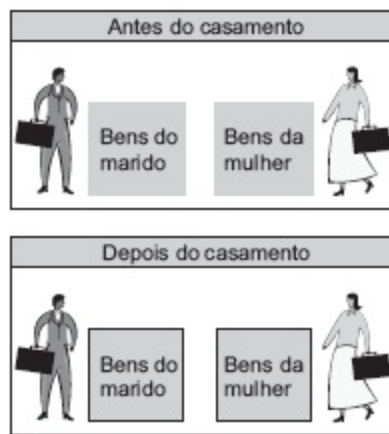
Em havendo dissolução do casamento, será verificado o montante dos aquestos à data em que cessou a convivência, o que objetiva evitar fraudes por aquele que detêm a titularidade ou a posse do bem partível (art. 1.683 do CC). Não sendo possível nem conveniente a divisão de todos os bens em natureza, calcular-se-á o valor de alguns ou de todos para a reposição em dinheiro ao cônjuge não proprietário. Por fim, não sendo possível realizar a reposição em dinheiro, serão avaliados e, mediante autorização judicial, alienados tantos bens quantos bastarem para o pagamento das respectivas quotas (art. 1.684 do CC). As mesmas premissas servem se o casamento for dissolvido por morte, com a ressalva de que a herança deve ser deferida na forma estabelecida no capítulo que regulamenta o Direito Sucessório (art. 1.685 do CC).

Por fim, enuncia o art. 1.686 que as dívidas de um dos cônjuges, quando superiores à sua meação, não obrigam ao outro, ou a seus herdeiros.

d) Regime da separação de bens

Conforme outrora exposto, o regime da separação de bens pode ser *convencional* (origem em pacto antenupcial) ou *legal ou obrigatório* (art. 1.641 do CC).

Como regra básica do regime, não haverá a comunicação de qualquer bem, seja posterior ou anterior à união, cabendo a administração desses bens de forma exclusiva a cada um dos cônjuges (art. 1.687 do CC). Justamente por isso, cada um dos cônjuges poderá alienar ou gravar com ônus real os seus bens mesmo sendo imóveis, nas hipóteses em que foi convencionada a separação de bens. Em relação à separação legal ou obrigatória, persiste a polêmica relativa à comunicação, retirada da Súmula 377 do STF. Esquematizando a separação de bens:

Regime da separação de bens

Como se nota, normalmente, nada muda no regime na questão patrimonial. Porém, seja na separação convencional ou na separação obrigatória de bens, ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos do seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial (art. 1.688 do CC). Mesmo sendo clara a norma, no sentido de que cabe regra em contrário no pacto, conclui-se que a convenção não pode trazer situação de enorme desproporção, no sentido de que o cônjuge em pior condição financeira terá que arcar com todas as despesas da união. Essa patente onerosidade excessiva gera a nulidade absoluta da cláusula constante da convenção antenupcial, pelo que consagra o art. 1.655 do CC.

8.3.8 Dissolução da sociedade conjugal e do casamento. Separação e divórcio

8.3.8.1 *Conceitos iniciais. O sistema introduzido pelo Código Civil de 2002 e as alterações fundamentais instituídas pela Emenda do Divórcio (EC 66/2010)*

O estudo do fim da sociedade conjugal e do casamento é um dos temas mais relevantes para a prática do Direito de Família. O presente capítulo recebeu um novo redimensionamento, diante das inúmeras questões práticas surgidas nos últimos anos e da promulgação da Emenda Constitucional 66/2010, conhecida como *Emenda do Divórcio ou PEC do Divórcio*. Anote-se que a PEC 28/2009 recebeu no seu trâmite várias numerações, como PEC 413/2005 e PEC 33/2007, tendo sido a última proposta elaborada pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro, com o auxílio teórico e técnico dos juristas que compõem o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM).

A referida Emenda representa uma verdadeira *revolução* para o Direito de Família brasileiro, sendo necessário rever as categorias jurídicas relativas ao tema.[97] Vejamos como era a redação original do art. 226, § 6.º, da Constituição Federal de 1988, e como ficou o comando legal com a aprovação da EC 66/2010, que entrou em vigor em 13 de julho de 2010:

Art. 226, § 6.º, da CF/1988 – redação original	Art. 226, § 6.º, da CF/1988 – redação atual
"O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos".	"O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio".

A inovação tem aplicação imediata, como norma constitucional auto-executável. Desse modo, não há a necessidade de qualquer *ponte infraconstitucional* para a sua eficácia, o que está de acordo com a doutrina que reconhece a *força normativa da Constituição*. Nesse sentido, cumpre destacar as palavras de Paulo Lôbo, um dos "mentores intelectuais" da citada Emenda e em artigo científico sobre o tema:

> "No direito brasileiro, há grande consenso doutrinário e jurisprudencial acerca da força normativa própria da Constituição. Sejam as normas constitucionais regras ou princípios não dependem de normas infraconstitucionais para estas prescreverem o que aquelas já prescreveram. O § 6.º do art. 226 da Constituição qualifica-se como norma-regra, pois seu suporte fático é precisamente determinado: o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio, sem qualquer requisito prévio, por exclusivo ato de vontade dos cônjuges".[98]

Constata-se que apenas houve alteração no Texto Maior, sem qualquer modificação ou revogação de dispositivos do CC/2002 ou de leis específicas, cabendo à doutrina e à jurisprudência apontar quais construções jurídicas ainda persistem. Nota-se que grandes são os desafios para a civilística nacional brasileira.

Como primeiro impacto da *Emenda do Divórcio* a ser apontado, verifica-se que não é mais viável juridicamente a separação de direito, a englobar a separação judicial e a separação extrajudicial, banidas totalmente do sistema jurídico. A partir das lições de Paulo Lôbo, extraídas do texto por último citado, verifica-se que os fins sociais da norma, nos termos do art. 5.º da Lei de Introdução, são de justamente colocar fim à categoria. Pensar de forma contrária torna totalmente inútil o trabalho parlamentar de reforma da Constituição Federal. Vejamos trecho do estudo do jurista que merece especial destaque:

> "No plano da interpretação teleológica, indaga-se quais os fins sociais da nova norma constitucional. Responde-se: permitir sem empeços e sem intervenção estatal na intimidade dos cônjuges, que estes possam exercer com liberdade seu direito de desconstituir a sociedade conjugal, a qualquer tempo e sem precisar declinar os motivos. Consequentemente, quais os fins sociais da suposta sobrevivência da separação judicial, considerando que não mais poderia ser convertida em divórcio? Ou ainda, que interesse juridicamente relevante subsistiria em buscar-se um caminho que não pode levar à dissolução do casamento, pois o divórcio é o único modo que passa a ser previsto na Constituição? O resultado da sobrevivência da separação judicial é de palmar inocuidade, além de aberto confronto com os valores que a Constituição passou a exprimir, expurgando os resíduos de *quantum* despótico: liberdade e autonomia sem interferência estatal.
>
> Ainda que se admitisse a sobrevivência da sociedade conjugal, a nova redação da norma constitucional permite que os cônjuges alcancem suas finalidades, com muito mais vantagem. Por outro lado, entre duas interpretações possíveis, não poderia prevalecer a que consultasse apenas o interesse individual do cônjuge que desejasse instrumentalizar a separação

para o fim de punir o outro, comprometendo a boa administração da justiça e a paz social. É da tradição de nosso direito o que estabelece o art. 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil: na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. O uso da justiça para punir o outro cônjuge não atende aos fins sociais nem ao bem comum, que devem iluminar a decisão judicial sobre os únicos pontos em litígio, quando os cônjuges sobre eles não transigem: a guarda e a proteção dos filhos menores, os alimentos que sejam devidos, a continuidade ou não do nome de casado e a partilha dos bens comuns".[99]

Não é diferente a conclusão de Zeno Veloso, que assim resume seu parecer: "numa interpretação histórica, sociológica, finalística, teleológica do texto constitucional, diante da nova redação do art. 226, § 6.º, da Carta Magna, sou levado a concluir que a separação judicial ou por escritura pública foi figura abolida em nosso direito, restando o divórcio que, ao mesmo tempo, rompe a sociedade conjugal e extingue o vínculo matrimonial. Alguns artigos do Código Civil que regulavam a matéria foram revogados pela superveniência da norma constitucional – que é de estatura máxima – e perderam a vigência por terem entrado em rota de colisão com o dispositivo constitucional superveniente".[100]

Na mesma linha, os ensinamentos de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho: "Em síntese, com a nova disciplina normativa do divórcio, encetada pela Emenda Constitucional, perdem força jurídica as regras legais sobre separação judicial, instituto que passe a ser extinto no ordenamento jurídico, seja pela revogação tácita (entendimento consolidado no STF), seja pela inconstitucionalidade superveniente pela perda da norma validante (entendimento que abraçamos do ponto de vista teórico, embora os efeitos práticos sejam os mesmos)".[101]

Anote-se que esse também é o posicionamento de Rodrigo da Cunha Pereira[102] e Maria Berenice Dias,[103] dois dos maiores expoentes do IBDFAM. Do mesmo modo, Álvaro Villaça Azevedo conclui pelo fim da separação de direito, que para ele não teria mais justificativa teórica e prática. Vejamos suas palavras:

"A grande maioria dos juristas tem entendido que, com a edição da PEC do divórcio, extinguiu-se a separação judicial. Este é o meu entendimento.

Estaríamos, agora, como o sistema japonês que só admite o divórcio. Contudo, há quem entenda que a PEC existiu só para a extinção dos prazos constantes no § 6.º do art. 226 da Constituição Federal não tendo ela objetivado a extinção da separação, que não poderia ser extinta tacitamente. Todavia, a Emenda constitucional é claríssima ao assentar que 'O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio'. Em verdade, a PEC existiu para instituir, no direito brasileiro, o divórcio direto.

Cogita-se, entretanto, que podem os cônjuges preferir sua separação judicial, por exemplo, os católicos, à moda da separação temporal admitida pelo Código Canônico. Sim, porque, se o católico levar a sério suas crenças religiosas, não poderá pretender o divórcio. Não é o que geralmente acontece. Nesse caso, deve o religioso permanecer em separação de fato.

Todavia, para que exista, excepcionalmente, a separação de fato dos cônjuges, é preciso que ambos manifestem-se nesse sentido, pois um pretendendo o divórcio não poderá ser obstado pelo outro na realização desse direito potestativo".[104]

Da hermenêutica constitucional contemporânea, podem ser citados três princípios, apontados por J. J. Gomes Canotilho, que conduzem à mesma conclusão, pelo fim da separação jurídica, geralmente utilizado por este autor em exposições sobre o tema:

- *Princípio da máxima efetividade ou da máxima eficiência do Texto Constitucional* – "a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)".[105] Manter a burocracia no fim do casamento, com o modelo bifásico (separação e divórcio), não traz essa eficácia pretendida.
- *Princípio da força normativa da Constituição* – "na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia óptima da lei fundamental. Consequentemente dever dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a 'actualização' normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência".[106] A manutenção da separação de direito viola esse princípio, pois colide com a *otimização da emenda* e com a ideia de atualização do Texto Maior.
- *Princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição* – "no caso de normas polissémicas ou plurissignificativas deve dar-se preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a constituição".[107] Em conformidade com a CF/1988 não há mais sentido prático na manutenção da separação.

Em reforço, constata-se que como a finalidade da separação de direito sempre foi a de pôr fim ao casamento, não se justifica a manutenção da categoria se a Norma Superior traz como conteúdo apenas o divórcio, sem maiores burocracias. Não se sustenta mais a exigência de uma *primeira etapa* de dissolução, se o Texto Maior trata apenas de uma outrora *segunda etapa*. A tese da manutenção da separação de direito remete a um Direito Civil burocrático, distante da Constituição Federal, muito formal e pouco material; muito *teorético* e pouco efetivo.

Destaque-se a existência de julgados que aplicam a premissa do fim da separação de direito, notadamente da separação judicial. De início, cumpre colacionar ementa do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

> "Civil. Divórcio litigioso. Extinção sem julgamento do mérito. Artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil. Ausência de trânsito em julgado da separação judicial. EC 66/2010. Supressão do instituto da separação judicial. Aplicação imediata aos processos em curso. A aprovação da PEC 28 de 2009, que alterou a redação do artigo 226 da Constituição Federal, resultou em grande transformação no âmbito do direito de família ao extirpar do mundo jurídico a figura da separação judicial. A nova ordem constitucional introduzida pela EC 66/2010, além de suprimir o instituto da separação judicial, também eliminou a necessidade de se aguardar o decurso de prazo como requisito para a propositura de ação de divórcio. Tratando-se de norma constitucional de eficácia plena, as alterações introduzidas pela EC 66/2010 tem aplicação imediata, refletindo sobre os feitos de separação em curso. Apelo conhecido e provido" (TJDF, Recurso 2010.01.1.064251-3, Acórdão 452.761, 6.ª Turma Cível, Rel.ª Des.ª Ana Maria Duarte Amarante Brito, *DJDFTE* 08.10.2010, p. 221).

Além dessa decisão, merece relevo o acórdão da 8.ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferido no Agravo de Instrumento 990.10.357301-3, em 12 de novembro de 2010, e que teve como relator o Des. Caetano Lagrasta. O julgado foi assim ementado: "Separação judicial. Pedido de conversão em divórcio. Emenda Constitucional n. 66/2010. Aplicação imediata e procedência do pedido. Determinação de regular andamento do feito em relação aos demais capítulos. Recurso provido". No corpo do seu voto, preleciona o magistrado relator que "Com a promulgação da Emenda Constitucional n. 66/2010, e a nova redação do § 6º do art. 226 da CF/1988, o instituto da separação judicial não foi recepcionado, mesmo porque não há direito adquirido a instituto jurídico. A referida norma é de aplicabilidade imediata e não impõe condições ao reconhecimento do pedido de divórcio, sejam de natureza subjetiva – relegadas para eventual fase posterior a discussão sobre culpa – ou objetivas – transcurso do tempo". Com conclusão no mesmo sentido, do próprio Tribunal Paulista, mais recentemente: TJSP, Apelação 0000527-41.2009.8.26.0032, Acórdão 5645955, Araçatuba, 4.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Fábio Quadros, j. 19.01.2012, *DJESP* 07.02.2012.

Também entendendo pelo fim da separação de direito, cumpre colacionar decisão do Tribunal de Justiça da Bahia, que assim julgou: "Com o advento da Emenda Constitucional nº 66, de 13/07/2010, que alterou o art. 226, § 6º, da Constituição Federal, houve uma verdadeira revolução no instituto do divórcio, que passou a ser considerado um verdadeiro direito, pondo fim à separação judicial e eliminando qualquer prazo para dissolução do vinculo matrimonial. A Emenda Constitucional nº 66/2010, entrou imediatamente em vigor com a sua publicação, tornando-se impertinente e desnecessária quaisquer discussões acerca do requisito, outrora existente, de lapso temporal superior a dois anos para pleitear-se a dissolução do casamento civil, através do divórcio direto" (TJBA, Apelação Cível nº 0004074-23.2005.805.0256.0 – Teixeira de Freitas, Número do Processo: 0004074-2/2005, Órgão Julgador: Quinta Câmara Cível, Relator: Emilio Salomão Pinto Reseda, data do julgamento: 25.01.2011).

Anote-se que vários outros julgados estaduais concluem do mesmo modo, em praticamente todas as unidades da Federação, servindo os arestos transcritos como exemplos da correta interpretação a respeito da matéria.

Compartilhando-se da tese do fim da separação de direito, perde aplicabilidade a separação extrajudicial por escritura pública, pela via administrativa, estando revogada nessa parte a Lei 11.441/2007, pois não recepcionada pelo novo Texto Constitucional. De toda sorte, anote-se que o Conselho Nacional de Justiça não acatou o pedido do IBDFAM de alteração de pontos da sua Resolução n. 35, que regula os atos notariais decorrentes da Lei 11.441/2007. O Conselho Nacional de Justiça decidiu pela exclusão do art. 53 e conferiu nova redação ao art. 52. Rejeitou, contudo, a supressão dos artigos que tratavam da separação consensual, decidindo: "nem todas as questões encontram-se pacificadas na doutrina e sequer foram versadas na jurisprudência pátria"; "tem-se que,

mesmo com o advento da Emenda n. 66, persistem diferenças entre o divórcio e a separação" (Pedido de Providências 00005060-32.2010.2.00.0000).

De fato, existem juristas que são favoráveis à manutenção da separação de direito no sistema, caso, entre outros, de Mário Luiz Delgado,[108] Luiz Felipe Brasil Santos,[109] João Baptista Villela[110], Regina Beatriz Tavares da Silva[111], Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barboza.[112]

Para essa corrente, a Emenda Constitucional 66/2010 não alterou a ordem infraconstitucional, havendo necessidade de normas para regulamentá-la. Com o devido respeito, a tese parece desprezar todo o trabalho de alteração constitucional, tornando-o inútil. Além disso, a dedução desconsidera a *força normativa da Constituição* e toda a evolução engendrada pelo Direito Civil Constitucional. Anote-se que, adotando tal ideia de manutenção do sistema anterior, há julgados do Tribunal Gaúcho, podendo ser transcrito o seguinte:

> "Separação judicial. Viabilidade do pedido. Não obrigatoriedade do divórcio para extinguir a sociedade conjugal. 1. A Emenda Constitucional n.º 66 limitou-se a admitir a possibilidade de concessão de divórcio direto para dissolver o casamento, afastando a exigência, no plano constitucional, da prévia separação judicial e do requisito temporal de separação fática. 2. Essa disposição constitucional evidentemente não retirou do ordenamento jurídico a legislação infraconstitucional que continua regulando tanto a dissolução do casamento como da sociedade conjugal e estabelecendo limites e condições, permanecendo em vigor todas as disposições legais que regulamentam a separação judicial, como sendo a única modalidade legal de extinção da sociedade conjugal, que não afeta o vínculo matrimonial. 3. Somente com a modificação da legislação infraconstitucional é que a exigência relativa aos prazos legais poderá ser afastada. Recurso provido" (TJRS, Agravo de Instrumento 70039285457, 7.ª Câmara Cível, Comarca de Sapiranga, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 1.º.11.2010).

Insta verificar que na *V Jornada de Direito Civil* foram aprovados enunciados doutrinários que concluem pela manutenção da separação de direito no sistema jurídico nacional. Vejamos, de forma detalhada:

- "A Emenda Constitucional n° 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial" (Enunciado n. 514).
- "Pela interpretação teleológica da Emenda Constitucional n.° 66/2010, não há prazo mínimo de casamento para a separação consensual" (Enunciado n. 515).
- "Na separação judicial por mútuo consentimento, o juiz só poderá intervir no limite da preservação do interesse dos incapazes ou de um dos cônjuges, permitida a cindibilidade dos pedidos, com a concordância das partes, aplicando-se esse entendimento também ao divórcio" (Enunciado n. 516).
- "A Emenda Constitucional n° 66/2010 extinguiu os prazos previstos no art. 1.580 do Código Civil, mantido o divórcio por conversão" (Enunciado n. 517).

Apesar de tais resistências, este autor entende que não vige mais o *sistema bifásico*, de extinção da sociedade conjugal e do casamento. As ações em curso de separação judicial, sejam consensuais ou litigiosas, em regra, devem ser extintas sem julgamento do mérito, por impossibilidade jurídica

superveniente do pedido, salvo se já houver sentença prolatada. No máximo, aplicando-se os princípios processuais da economia e da fungibilidade, pode o juiz da causa dar oportunidade para que as partes envolvidas adaptem o seu pedido, da separação judicial para o divórcio.

No que concerne aos enunciados aprovados na *Jornada de Direito Civil*, é forçoso concluir que não deveriam ter sido sequer votados, por encerrarem tema controverso, de grande debate na doutrina e na jurisprudência nacionais. As *Jornadas de Direito Civil* têm o condão de demonstrar o pensamento consolidado da civilística nacional, o que não foi atendido pelas ementas transcritas. Fugiu-se, portanto, dos objetivos desse grande evento brasileiro, o mais importante da área do Direito Privado em nosso País. Por outro viés, tem-se ouvido no meio jurídico que os enunciados, ao deduzirem pela manutenção da separação de direito, constituem um total retrocesso, o que é compartilhado pelo presente autor. Em reforço, na *VI Jornada de Direito Civil*, em 2013, foi feita proposta em sentido contrário aos malfadados enunciados, que sequer entrou em pauta para discussão.

Ato contínuo de análise, na visão seguida por este autor não há mais que se falar em divórcio indireto ou por conversão, persistindo apenas o divórcio direto, que será denominado tão somente como *divórcio*, eis que não há necessidade de qualquer distinção categórica. Outro ponto a ser mencionado de imediato é que não há mais prazo para o casal se divorciar. O legislador constitucional não expressa mais o prazo de um ano da separação judicial, ou de dois anos de separação de fato para o divórcio, estando revogado o art. 1.580 do CC, eis que o fim social da norma superior prevalece sobre inferior. Casa-se em um dia e divorcia-se no outro; ou no próprio dia do casamento, o que apenas depende da vontade dos cônjuges.

Superado esse ponto, vejamos como a Emenda n. 66 atinge o art. 1.571 do CC/2002, dispositivo primordial para o estudo da dissolução da sociedade conjugal e do casamento:

> "Art. 1.571. A sociedade conjugal termina:
>
> I – pela morte de um dos cônjuges;
>
> II – pela nulidade ou anulação do casamento;
>
> III – pela separação judicial;
>
> IV – pelo divórcio. §
>
> 1.º O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente.
>
> § 2.º Dissolvido o casamento pelo divórcio direto ou por conversão, o cônjuge poderá manter o nome de casado; salvo, no segundo caso, dispondo em contrário a sentença de separação judicial".

De imediato, deve ser tido como revogado, por ser incompatível com o Texto Maior, o inciso III do comando legal, uma vez que, repise-se, todas as modalidades de separação de direito foram retiradas do sistema, a incluir a separação judicial. Concluindo desse modo, a sociedade conjugal

termina com a morte de um dos cônjuges, pela nulidade e anulação do casamento e pelo divórcio. Já o casamento válido é dissolvido pelo divórcio e pela morte. Entende-se que o conceito de sociedade conjugal deve ser mantido para algumas finalidades, notadamente com repercussões contratuais. Também não tem mais sentido o § 2.º da norma nas menções ao divórcio direto ou por conversão e à sentença de separação judicial. A última norma deve ser lida da seguinte maneira: "Dissolvido o casamento pelo divórcio, o cônjuge poderá manter o nome de casado".

A nulidade e a anulação do casamento não foram atingidas pela inovação constitucional, permanecendo no sistema, a gerar a extinção do casamento por fatos anteriores a este. A nulidade e a anulação do casamento, como é notório, estão no plano da validade do negócio casamento. O divórcio está no plano da eficácia, no terceiro degrau da *Escada Ponteana*.

Por fim, quanto à presente introdução, é interessante discorrer sobre a dissolução do casamento por morte presumida em decorrência de ausência. Tal categoria de extinção do vínculo conjugal do mesmo não sofreu qualquer modificação com a vigência da EC 66/2010. Como antes transcrito, enuncia o art. 1.571, § 1.º, do CC, que o casamento do ausente se desfaz, estando o seu ex-cônjuge livre para se casar com terceiro. Pois bem, como fica a situação desse seu ex-consorte casado quando o desaparecido reaparece após todo esse prazo mencionado na codificação novel? Dois posicionamentos doutrinários podem ser tidos em relação à matéria:

> 1.º) Considerar válido o segundo casamento e dissolvido o primeiro, ressaltando a boa-fé dos nubentes, e desvalorizando a conduta, muitas vezes, de abandono do ausente.
>
> 2.º) Declarar nulo o segundo casamento, eis que não podem casar as pessoas casadas, nos termos do art. 1.521, VI, do CC. Com o reaparecimento, não se aplicaria, portanto, a regra do art. 1.571 da codificação novel.

Tendo em vista a valorização da boa-fé e da eticidade, um dos baluartes da atual codificação privada, este autor segue primeiro posicionamento, encabeçado pelo jurista Zeno Veloso, que leciona:

> "Começando a terminar, e sintetizando: vimos que o novo Código Civil brasileiro, art. 1.571, § 1.º, *in fine*, considera dissolvido o casamento do ausente cuja morte presumida é declarada (ver, também, os arts. 6.º, segunda parte, e 37). Está habilitado, portanto, o cônjuge presente a contrair novas núpcias, a celebrar outro casamento, reconstruir, enfim, a sua vida afetiva, buscar o seu direito (natural, constitucional) de ser feliz.
>
> Mas tudo é possível, mesmo o que consideramos impossível, e o ausente pode reaparecer, como alguém que ressurge das sombras, como um ser que ressuscita. *Quid juris*? O novo Código Civil não resolve o problema, e precisa fazê-lo, como muitas legislações estrangeiras, até em nome da segurança jurídica.
>
> Assim, encerrando essas digressões, e não me limitando à crítica, venho sugerir que seja introduzido no Código Civil o art. 1.571-A, com a redação seguinte: 'Art. 1.571-A. Se o cônjuge do ausente contrair novo casamento, e o que se presumia morto retornar ou confirmar-se que estava vivo quando celebradas as novas núpcias, o casamento precedente permanece

dissolvido'".[113]

Concordando com as suas brilhantes palavras e a sua proposta, encerramos a presente introdução, cabendo, então, aprofundar as questões pontuais relativas às mudanças introduzidas pela *Emenda do Divórcio* (EC 66/2010).

8.3.8.2 *Questões pontuais relativas ao tema da dissolução da sociedade conjugal e do casamento após a Emenda Constitucional 66/2010*

8.3.8.2.1 O fim da separação de direito em todas as suas modalidades e a manutenção da separação de fato

No estudo da dissolução da sociedade conjugal, era comum a diferenciação entre a *separação jurídica ou de direito* – a englobar a separação judicial e a extrajudicial – e o *divórcio*. A separação jurídica colocava fim somente à sociedade conjugal, persistindo o casamento, enquanto que o divórcio findaria o casamento e, consequentemente, a sociedade conjugal. Havia, portanto, um *sistema bifásico* de extinção dos institutos, o que foi banido com a *Emenda do Divórcio*, de acordo com a corrente doutrinária e jurisprudencial seguida por este autor.

Em uma análise histórica legislativa, os temas da dissolução da sociedade conjugal e do casamento eram antes tratados em parte pela Lei do Divórcio (Lei 6.515/1977), que revogou os arts. 315 a 324 do CC/1916 que cuidavam do assunto, e pela Constituição Federal (art. 226). Em 2003, a matéria foi consolidada no vigente Código Civil, em complemento ao Texto Maior, surgindo dúvidas a respeito da revogação total ou parcial da Lei 6.515/1977.

Afirmava-se, antes da *Emenda do Divórcio*, que a Lei 6.515 estaria derrogada, ou seja, revogada parcialmente. A questão era esclarecida pelo art. 2.043 do CC/2002 *in verbis*: "Até que por outra forma se disciplinem, continuam em vigor as disposições de natureza processual, administrativa ou penal, constantes de leis cujos preceitos de natureza civil hajam sido incorporados a este Código". Com a aprovação da EC 66/2010, a conclusão de revogação parcial da Lei do Divórcio não foi atingida, continuando em vigor os seus preceitos processuais, mas que dizem respeito apenas ao divórcio e não quanto à separação judicial.

Pois bem, aprofundando o tema, não existem mais os seguintes institutos de dissolução da sociedade conjugal:

a) *Separação jurídica extrajudicial consensual*, introduzida pela Lei 11.441/2007, revogando-se o art. 1.124-A do CPC nas menções à separação.

b) *Separação jurídica judicial consensual*, revogando-se o art. 1.574 do CC/2002, incluindo o seu parágrafo único, por

incompatibilidade com o Texto Maior. Os arts. 1.120 a 1.124 do CPC, que tratam da ação de separação consensual, também devem ser tidos como não vigentes, pois não recepcionados.

c) *Separação jurídica judicial litigiosa*, não existindo qualquer uma das suas modalidades anteriores, a saber: a *separação-sanção*, com análise da culpa, por grave violação dos deveres do casamento e insuportabilidade da vida em comum (art. 1.572, *caput*, do CC); a *separação-falência*, diante da ruptura da vida em comum por mais de um ano e impossibilidade de sua reconstituição (art. 1.572, § 1.º, do CC); a *separação-remédio*, fundada em doença mental superveniente que acometesse um dos cônjuges, com duração de dois anos pelo menos, cura improvável e que tornasse impossível a vida em comum (art. 1.572, §§ 2.º e 3.º, do CC). Obviamente, como consequência de tais supressões, não tem mais validade e eficácia a norma do art. 1.573 do CC, que elencava motivos que poderia caracterizar a insuportabilidade da vida em comum na *separação-sanção*.

Para as duas últimas hipóteses, perde eficácia o art. 1.575 do CC, pelo qual a sentença de separação judicial importaria em separação de corpos e partilha de bens. Como é notório, o dispositivo tinha incidência tanto na separação judicial consensual quanto na litigiosa.

Além disso, em regra, não tem mais sentido a possibilidade de reconciliação dos casais separados juridicamente, constante do art. 1.577 do CC (“Seja qual for a causa da separação judicial e o modo como esta se faça, é lícito aos cônjuges restabelecer, a todo tempo, a sociedade conjugal, por ato regular em juízo. Parágrafo único. A reconciliação em nada prejudicará o direito de terceiros, adquirido antes e durante o estado de separado, seja qual for o regime de bens”). Desaparece a razão da discussão a respeito da possibilidade da reconciliação do casal por meio de escritura pública, reconhecida pela Resolução 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça (“Art. 48. O restabelecimento de sociedade conjugal pode ser feito por escritura pública, ainda que a separação tenha sido judicial. Neste caso, é necessária e suficiente a apresentação de certidão da sentença de separação ou da averbação da separação no assento de casamento”). Na verdade, a norma e o entendimento da resolução até podem ser aplicados aos casais já separados antes da entrada em vigor da *Emenda do Divórcio* e que queiram se reconciliar. É preservada, então, a proteção do direito adquirido, constante do art. 5.º, XXXVI, da CF/1988 e do art. 6.º da Lei de Introdução. Em suma, o art. 1.577 do CC não deve ser tido como revogado tacitamente.

Encerrando o tópico, esclareça-se que apesar do desaparecimento dos institutos e das citadas revogações por incompatibilidade com a nova redação do Texto Constitucional, a *separação de fato* está mantida no sistema. Aliás, a separação de fato está fortalecida com a aprovação da *Emenda do Divórcio*, pois tem o papel de substituir, em muitas hipóteses, a antiga separação de direito.

A separação de fato somente ocorre no plano físico ou afetivo, não havendo uma formalização do distanciamento dos cônjuges. A categoria não se confunde com a separação de direito ou jurídica, pois não gera os mesmos efeitos concretos. Mesmo com a atual desnecessidade de dois anos de separação de fato para o divórcio direto, diante da nova redação do art. 226, § 6.º, da CF/1988, o instituto continua como parte de suas aplicações. Vejamos duas aplicações bem efetivas:

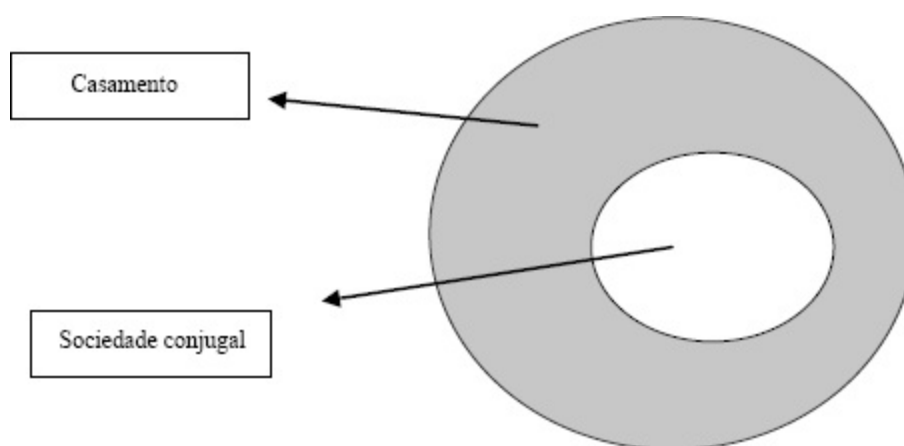
→ O separado de fato, pelo atual Código Civil, pode constituir união estável (art. 1.723, § 1.º, do CC).

→ Há forte corrente reconhecendo que a separação de fato por tempo considerável põe fim à sociedade conjugal, o que inclui o regime de bens (Nesse sentido: STJ, REsp 555.771/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 05.05.2009, *DJe* 18.05.2009 e REsp. 330.953/ES, Rel. Min. Jorge Scartezzini, Quarta Turma, j. 05.10.2004, *DJ* 06.12.2004, p. 315). O entendimento é justo, tendo como parâmetro a função social da família.

8.3.8.2.2 Manutenção do conceito de sociedade conjugal. A situação das pessoas separadas juridicamente antes da EC 66/2010

Dois outros problemas devem ser expostos e enfrentados diante da entrada em vigor da *Emenda do Divórcio*. O primeiro se refere à manutenção ou não do conceito de sociedade conjugal no sistema familiarista. O segundo é relativo à situação das pessoas que já se encontravam separadas juridicamente – judicial ou extrajudicialmente –, antes da mudança do Texto.

Pois bem, a primeira questão é saber se a categoria da sociedade conjugal ainda se justifica, uma vez que a separação de direito foi retirada do sistema, sendo a sua finalidade anterior a de por fim à sociedade mantida entre os cônjuges. Antes de analisá-la, cumpre demonstrar o conceito de sociedade conjugal, que para este autor constitui *um ente despersonalizado formado pelo casamento e relacionado com os deveres de coabitação, fidelidade recíproca e com o regime de bens* . Isso poderia ser percebido pela leitura do revogado art. 1.576 do CC/2002, que dispunha que a separação judicial colocava fim a tais deveres e às regras patrimoniais decorrentes da sociedade. Como se nota, foi utilizada a lógica simples para chegar à construção de sociedade conjugal.

Esquematizando, podem assim ser delimitados os conceitos de sociedade conjugal e casamento:

Pela figura, constata-se que a sociedade conjugal está inserida no conceito de casamento. Didaticamente, afirma-se que a *sociedade conjugal é o miolo do casamento*. Por óbvio, sendo dissolvido o casamento, também o será a sociedade conjugal. Entretanto, anteriormente não se poderia dizer o contrário. Dissolvida a sociedade conjugal pela separação de direito, mantinha-se o casamento e o vínculo dele decorrente.

No momento atual, como há no sistema apenas o divórcio como instituto que possibilita a extinção do casamento por fato posterior e pedido dos cônjuges; sendo este efetivado, desaparecem tanto o casamento como a sociedade conjugal. Desse modo, em uma primeira análise poderia ser tido como desnecessário e extinto o conceito jurídico da sociedade conjugal. Anote-se que, na doutrina, esse é o posicionamento de Paulo Lôbo, que leciona:

> "Agora, com o desaparecimento da tutela constitucional da separação judicial, cessaram a finalidade e a utilidade da dissolução da sociedade conjugal, porque esta está absorvida inteiramente pela dissolução do vínculo, não restando qualquer hipótese autônoma. Por tais razões, perdeu sentido o *caput* do art. 1.571 do Código Civil de 2002, que disciplina as hipóteses de dissolução da sociedade conjugal: morte, invalidade do casamento, separação judicial e divórcio. Excluindo-se a separação judicial, as demais hipóteses alcançam diretamente a dissolução do vínculo conjugal ou casamento; a morte, a invalidação e o divórcio dissolvem o casamento e *a fortiori* a sociedade conjugal".[114]

Com o devido respeito, este autor tem posicionamento em contrário, justificando-se, do ponto de vista teórico e prático, a permanência do conceito de sociedade conjugal. De forma pontual:

– Na questão teórica, a manutenção da sociedade conjugal está amparada na pertinência de sua verificação nas situações relativas ao regime de bens. Dessa forma, como antes se demonstrou, ganha relevo a tese de que a separação de fato põe fim à sociedade conjugal e ao correspondente regime patrimonial entre os cônjuges. Em reforço, conforme outrora exposto, tal sociedade compõe o elemento central do casamento. Veja-se, por exemplo, a regra do art. 1.567 do Código Civil, pela qual a direção da sociedade conjugal será exercida pelo marido e pela mulher, em um regime de colaboração, norma que ainda vige.

– Do ponto de vista prático, justifica-se a sua permanência no sistema pelas diversas menções legais e concretas ao fim da sociedade conjugal, especialmente em questões que envolvem outros ramos do Direito Civil, caso do Direito das Obrigações e do Direito Contratual. De início, cite-se o art. 197, I, do CC, pelo qual não corre a prescrição entre os cônjuges na constância da sociedade conjugal. Na seara contratual o art. 550 do CC enuncia a anulabilidade da doação do cônjuge ao seu concubino, tendo a ação anulatória prazo decadencial de dois anos a contar da dissolução da sociedade conjugal. Ato contínuo, não se olvide a importância do art. 1.649 do CC, ao consagrar prazo decadencial de dois anos, mais uma vez a contar da dissolução da sociedade conjugal, para a ação anulatória de negócio celebrado sem a outorga conjugal (art. 1.647 do CC).

Verificada a permanência do conceito de sociedade conjugal, insta analisar a situação dos cônjuges separados juridicamente – judicial ou extrajudicialmente –, antes da entrada em vigor da *Emenda do Divórcio*. A dúvida que surge se refere à indagação se tais pessoas passam a ser consideradas automaticamente como divorciadas. A resposta é negativa, apesar da vigência imediata da nova norma. Isso porque se deve resguardar o direito adquirido de tais pessoas, nos termos do art. 5.º, XXXVI, da CF/1988, e do art. 6.º da Lei de Introdução. Além disso, a separação jurídica pode ser tida como um ato jurídico perfeito, que goza da mesma proteção. Em reforço, não se pode admitir a modificação automática e categórica da situação jurídica, de separado juridicamente para divorciado. Para tanto, deveria existir uma norma de direito intertemporal nesse sentido. Consigne-se

que, historicamente, tal norma existia na Lei do Divórcio, enunciando o seu art. 42 que as sentenças já proferidas em causas de desquite seriam equiparadas às de separação judicial. Ademais, as causas de desquite em curso na data da vigência da lei passariam automaticamente a visar à separação judicial (art. 41 da Lei 6.515/1977). Até o presente momento não foi essa a opção do legislador nacional, não se podendo presumir tal *transmudação dos institutos jurídicos*. No mesmo sentido, transcreve-se a opinião de Pablo Stolze Gagliano:

> "Como ficariam, por exemplo, as relações jurídicas travadas com terceiros pela pessoa até então judicialmente separada? À vista do exposto, portanto, a alteração da norma constitucional não teria o condão de modificar uma situação jurídica perfeitamente consolidada segundo as regras vigentes ao tempo de sua constituição, sob pena de se gerar, como dito, perigosa e indesejável insegurança jurídica. Em outras palavras: a partir da entrada em vigor da Emenda Constitucional, as pessoas judicialmente separadas (por meio de sentença proferida ou escritura pública lavrada) não se tornariam imediatamente divorciadas, exigindo-se-lhes o necessário pedido de decretação do divórcio para o que, por óbvio, não haveria mais a necessidade de cômputo de qualquer prazo. Respeita-se, com isso, o próprio ato jurídico perfeito".[115]

Em síntese, as pessoas separadas juridicamente têm a opção de ingressar de imediato com a ação de divórcio, se assim o quiserem, não havendo mais a necessidade de atender ao prazo de um ano previsto para a antiga modalidade de divórcio indireto. Cabe o divórcio a qualquer tempo, pelo unificado tratamento da matéria.

Anote-se, por fim, que algumas normas ainda têm incidência para os casos das pessoas já separadas juridicamente, como as que expressam prazos decadenciais para ação anulatória de negócio jurídico, a contar da dissolução da sociedade conjugal (p. ex., art. 1.649 do CC). Também pode ser citada a hipótese do separado juridicamente antes da EC 66/2010, que constitui união estável, nos termos do art. 1.723, § 1.º, do CC, estando protegido pela sua situação anterior, subsumindo-se a regra. Por fim, cumpre repisar o direito de as pessoas separadas juridicamente reconciliarem-se pela forma judicial ou extrajudicial, nos termos do art. 1.577 do CC e da anterior Resolução 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça. Concluindo, a persistência de sua situação jurídica está plenamente justificada.

8.3.8.2.3 A existência de modalidade única de divórcio. Fim do divórcio indireto

Outrora foi exposto que o divórcio coloca fim ao casamento válido, encerrando também a sociedade conjugal. Tal sistemática não foi alterada com a *EC do Divórcio*, o que mantém a regra pela qual o divórcio não modifica os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos (art. 1.579, *caput*, do CC). Além disso, havendo eventual novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, esse novo enlace não pode importar em restrições aos direitos e deveres dos cônjuges em relação aos filhos (art. 1.579, parágrafo único, do CC).

Entretanto, houve modificação fundamental a respeito das modalidades do divórcio, pela

alteração do art. 226, § 6.º, da CF/1988. O instituto do divórcio judicial era regulamentado pelo art. 1.580 do CC:

> "Art. 1.580. Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio.
>
> § 1.º A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou.
>
> § 2.º O divórcio poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos".

Além do divórcio judicial, previsto nesse dispositivo, a Lei 11.441/2007 possibilitou o divórcio extrajudicial, por escritura pública, no Tabelionato de Notas. Em suma, o CC/2002, a exemplo do que constava da redação primitiva do art. 226, § 6.º, da CF/1988, reconhecia duas modalidades básicas de divórcio:

- Divórcio indireto ou por conversão – precedido por uma separação judicial ou extrajudicial, ou até mesmo por uma medida cautelar de separação de corpos com concessão de liminar (ver, sobre a conversão da cautelar: STJ, REsp 726.870/MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, j. 28.11.2006, *DJ* 18.12.2006, p. 371). Esse divórcio poderia ser judicial (consensual ou litigioso) ou extrajudicial (somente consensual).
- Divórcio direto – havendo separação de fato do casal por mais de dois anos, também assumindo as formas judicial (consensual ou litigioso) ou extrajudicial (somente consensual).

A *Emenda do Divórcio* aboliu essa divisão, subsistindo apenas o divórcio direto, sem prazo mínimo, que pode ser simplesmente denominado como *divórcio*, outro ponto fulcral da inovação constitucional.

De toda sorte, o divórcio continua podendo ser efetivado pela via judicial ou extrajudicial, mantendo-se a Lei 11.441/2007 e o art. 1.124-A do CPC nesse ponto. Também merecem estudo os pontos relativos ao divórcio que constavam da Resolução 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça, relativos à disciplina, conforme já concluiu o próprio CNJ (Pedido de Providências 00005060-32.2010.2.00.0000).

Cabe esclarecer que, nos termos da Lei 11.441/2007, adaptada à Emenda do Divórcio, o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal, poderá ser realizado por escritura pública. Em relação à existência de filhos menores ou incapazes, na *VI Jornada de Direito Civil* foi aprovado o Enunciado n. 571, segundo o qual, se comprovada a resolução prévia e judicial de todas as questões referentes aos filhos menores ou incapazes, o tabelião de notas poderá lavrar escrituras públicas de dissolução conjugal. De acordo com as suas justificativas, "se há acordo quanto ao divórcio e se os interesses dos menores estão resguardados em lide judicial específica,

não há por que objetar o procedimento simples, rápido, desjudicializado, que desafoga o Judiciário e dá resposta mais rápida às questões eminentemente pessoais. Ao Judiciário será requerido somente o que remanescer da lide, sem que haja acordo, como também aqueles que contenham direitos e interesses dos menores ou incapazes". Pontue-se, em complemento, que se tornou comum a emancipação de filhos menores, também por escritura pública, para que o divórcio extrajudicial torne-se viável juridicamente. As soluções apontadas contam com o apoio deste autor.

Dessa escritura de divórcio constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento. O referido documento público não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis. O tabelião somente lavrará a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial. A escritura e os demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei. Essas são as premissas básicas constantes do art. 1.124-A do Código de Processo Civil.

Voltando à análise da codificação material, em suma, o art. 1.580 do Código Civil está revogado tacitamente, pois não recepcionado pelo novo Texto Constitucional. Perdeu sustento o § 1.º do comando, pelo qual a conversão em divórcio seria concedida sem que houvesse menção à sua causa. Isso porque não existe mais no sistema a citada conversão, a não ser para o caso de pessoas já separadas juridicamente.

Sendo abolido o divórcio indireto, vários dispositivos da Lei do Divórcio relativos à categoria devem ser tidos como definitivamente revogados. De início, mencione-se o seu art. 35, que tratava da conversão da separação judicial em divórcio, com apensamento aos autos da separação. Outro comando que desaparece é o seu art. 37, que preconizava fundamentalmente que o juiz conheceria diretamente do pedido de conversão, quando não houvesse contestação ou necessidade de se produzir provas em audiência, proferindo sentença, dentro de dez dias.

Igualmente deve ser tido como inconstitucional o art. 36 da citada norma, pelo qual: "Do pedido referido no artigo anterior, será citado o outro cônjuge, em cuja resposta não caberá reconvenção. Parágrafo único. A contestação só pode fundar-se em: I – falta do decurso de 1 (um) ano da separação judicial; II – descumprimento das obrigações assumidas pelo requerente na separação". Cumpre lembrar que, a respeito do descumprimento das obrigações assumidas na separação, o STF havia entendido pela não recepção do texto pela CF/1988, que antes da *Emenda do Divórcio* já não trazia tal requisito para a conversão em divórcio (STF, RE 387.271, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 08.08.2007, Tribunal Pleno).

No que concerne ao antigo *divórcio direto*, firme-se o desaparecimento do instituto, não havendo qualquer requisito temporal de separação de fato para que os cônjuges o pleiteiem. A

ilustrar, o casal pode se casar em um dia e requerer o divórcio no dia seguinte (ou no mesmo dia). Algumas regras que constavam da Lei do Divórcio estão do mesmo modo prejudicadas, caso do seu art. 40, *caput*, que enunciava os requisitos mínimos para a petição inicial da ação de divórcio. Agora, a referida exordial deve apenas obedecer aos requisitos gerais do art. 282 do CPC.

Consigne-se que a doutrina e a jurisprudência nacionais vinham entendendo pela impossibilidade de se discutir culpa em qualquer modalidade de divórcio anterior, o que incluía o divórcio direto (nesse sentido: STJ, REsp 67.493/SC, Rel. Min. Costa Leite, Terceira Turma, j. 30.10.1995, *DJ* 26.08.1996, p. 29.681). O grande debate concernente à EC 66/2010 se refere à possibilidade atual de discussão da culpa para dissolver o casamento, agora em sede de divórcio. Em outras palavras, fica a dúvida se a culpa pode ser *exportad*a da separação-sanção para a ação de divórcio, tema do próximo tópico.

Para finalizar o estudo do divórcio, duas regras do CC/2002 devem ser tidas como mantidas e perfeitas, sem qualquer interferência da *Emenda do Divórcio*.

A primeira é a constante do seu art. 1.581, pelo qual "O divórcio pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens", o que confirma parcialmente o teor da Súmula 197 do STJ ("O divórcio direto pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens"). A ideia é que o vínculo matrimonial seja desfeito (direito existencial), deixando-se as questões patrimoniais para posterior momento. A partilha posterior dos bens pode ser efetivada por três caminhos*: a)* nos próprios autos da ação de divórcio, o que é melhor sob a perspectiva da economia processual; *b)* em ação autônoma de partilha de bens, que corre na Vara da Família; *c)* por meio de escritura pública de partilha extrajudicial, nos termos da Lei 11.441/2007 (art. 39 da Resolução 35/2007 do CNJ).

Outro preceito mantido é o que determina que a ação de divórcio é personalíssima, pois o seu pedido somente cabe aos cônjuges (art. 1.582 do CC). Todavia, no caso de incapacidade do cônjuge para propor a ação (exemplo: cônjuge interditado), a lei consagra a legitimidade do curador, do ascendente ou do irmão. Discute-se a legitimidade do MP em casos tais, eis que a lei não a prevê nesse dispositivo especial. Para afastar essa dúvida, o PL 699/2011 pretende introduzir a legitimidade do Ministério Público.

8.3.8.2.4 Da possibilidade de se discutir culpa para o divórcio do casal

Um dos maiores problemas surgidos com a promulgação da Emenda Constitucional 66/2010 refere-se à viabilidade jurídica de discussão da culpa para dissolver o casamento, em sede de ação de divórcio. Em pouco mais de um ano de sua entrada em vigor, a inovação gerou o surgimento de uma *Torre de Babel* doutrinária a respeito da problemática. O debate, as reflexões e o tempo devem sanar tais dificuldades. Pelo menos é o que se espera.

Até o presente momento, parece prevalecer, principalmente entre os juristas que compõem o

Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), a tese de impossibilidade de discussão da culpa em sede de ação de divórcio. Assim, se posicionam, por exemplo, Rodrigo da Cunha Pereira, Paulo Lôbo, Maria Berenice Dias, Rolf Madaleno, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, José Fernando Simão, Antonio Carlos Mathias Coltro, Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, em trabalhos escritos e manifestações pessoais a este autor.

Para essa corrente, desaparecendo a separação judicial, com ela foi a culpa, não sendo possível a sua discussão em sede de ação de divórcio para dissolver o casamento. Argumenta-se que a culpa é algo que apenas gera uma injustificada demora processual em se colocar fim ao vínculo, violando o seu debate a dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CF/1988). Ademais, passa a existir um direito potestativo com a extinção do casamento.

A posição deste autor é intermediária, pois se deve admitir a discussão da culpa em casos excepcionais, de maior gravidade. Por essa forma de pensar estão mantidos os deveres do casamento (art. 1.566 do CC), pela sua aceitação pelo senso comum em geral. Conserva-se ainda um *modelo dualista*, com e sem culpa, como ocorre com outros ramos do Direito Civil, caso do direito contratual e da responsabilidade civil. Em reforço, a culpa gera consequências para a responsabilidade civil dos cônjuges e os alimentos, conforme ainda será aprofundado.

Por esse caminho de conclusão, o divórcio poderá ser *litigioso* – com pretensão de imputação de culpa – ou *consensual* – sem discussão de culpa. Deve ficar claro que, para este autor, está mantida a ideia de *mitigação da culpa* – na esteira da doutrina e da jurisprudência anterior –, em algumas situações, como nos casos de culpa recíproca dos cônjuges ou de sua difícil investigação, a tornar o processo tormentoso para as partes. Do mesmo modo, é possível a mitigação da culpa em situações de fim do amor ou de deterioração factual do casamento, decretando-se agora o divórcio por mera causa objetiva, conforme entendia a jurisprudência:

> "Separação judicial. Inexistência de amor. A inexistência de amor autoriza a separação, não a imputação de culpa pelos desentendimentos do casal" (TJSP, Apelação Cível 270.393-4/2-00, 4.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Carlos Stroppa, j. 04.09.2003).
>
> "Separação judicial. Casamento. Cônjuge. Deveres. Violação. Culpa. Deterioração factual. Em separação judicial, é reconhecida a responsabilidade de ambos os cônjuges pela 'deterioração factual' do casamento, quando não há prova que só um deles é o responsável pelo fracasso da relação, tornando insuportável a vida em comum. Nega-se provimento à apelação" (TJMG, Acórdão 1.0024.03.104852-3/001, Belo Horizonte, 4.ª Câmara Cível, Rel. Des. Almeida Melo, j. 07.04.2005, *DJMG* 03.05.2005).

Na mesma linha, interessante transcrever ementa de acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que representa importante precedente, em que se decretou a separação por mera insuportabilidade da vida conjugal, havendo pedido de discussão da culpa e não sendo esta comprovada:

> "Direito civil. Direito de família. Separação por conduta desonrosa do marido. Prova não realizada. Irrelevância. Insuportabilidade da vida em comum manifestada por ambos os cônjuges. Possibilidade da decretação da separação. Nova orientação. Código Civil de 2002 (art. 1.573). Recurso desacolhido. Na linha de entendimento mais recente e em atenção às diretrizes do novo Código Civil, evidenciado o desejo de ambos os cônjuges em extinguir a sociedade conjugal, a separação deve ser decretada, mesmo que a pretensão posta em juízo tenha como causa de pedir a existência de conduta desonrosa" (STJ, REsp 433.206/DF, 4.ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJ* 07.04.2003, j. 06.03.2003, p. 293; Veja: STJ, REsp 467.184/SP).

Consigne-se que essa tendência de afastamento da culpa como motivo da separação de igual modo foi observada pela aprovação de enunciado doutrinário na *III Jornada de Direito Civil*. Conforme proposta do desembargador do TJRS e membro do IBDFAM, Luiz Felipe Brasil Santos, foi aprovado o Enunciado n. 254 do CJF/STJ:

> "Formulado o pedido de separação judicial com fundamento na culpa (art. 1.572 e/ou art. 1.573 e incisos), o juiz poderá decretar a separação do casal diante da constatação da insubsistência da comunhão plena de vida (art. 1.511) – que caracteriza hipótese de 'outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum' – sem atribuir culpa a nenhum dos cônjuges".

De fato, em muitas situações é difícil ou até impossível a prova de quem, realmente, foi o culpado pelo fim do casamento ou pela quebra da afetividade. Em casos tais, deve-se decretar o divórcio do casal, postergando para outras demandas o debate da culpa, se for o caso.

Para encerrar o tópico, pelas razões a seguir expostas, a culpa não só pode como deve ser discutida em algumas situações complexas que envolvem o casamento, notadamente para os fins de atribuição de responsabilidade civil ao cônjuge e fixação dos alimentos. Vejamos os argumentos deste autor, de forma pontual:

→ A culpa é conceito inerente ao ser humano, que dela não se pode livrar. Giselle Câmara Groeninga expõe que "como mostra a compreensão psicanalítica, é impossível ignorar a culpa. Ela é inerente ao ser humano e à civilização, dado seu valor axiológico. O que se afigura nos dias atuais é a substituição do paradigma da culpa pelo paradigma da responsabilidade, resgatando-se o valor axiológico e epistemológico dos questionamentos relativos à culpa. Assim, o caminho não é o da simplificação, simplesmente negando-se a questão da culpa".[116] Desse modo, em uma visão interdisciplinar, a categoria não pode ser desprezada nas relações sociais, em particular nas interações jurídicas familiares, hipótese em que se enquadra o casamento.

→ Muitas vezes ambos os cônjuges querem a discussão da culpa no caso concreto, para *maturação* de seus problemas pessoais. Como ficará então a solução para essa vontade em um modelo *monista*, sem a viabilidade de verificação de culpa? Entender pelo afastamento da culpa, em casos tais, parece conduzir a um forte desrespeito à liberdade individual, que contraria a proteção constitucional da autonomia privada, retirada do art. 1.º, III, da Constituição. Sem dúvida que, em algumas situações, justifica-se a intervenção e a mitigação da autonomia, mormente para a proteção de vulneráveis, ou de valores fundamentais. Não parece ser o caso da dissolução do casamento.

→ É preciso se atentar para o próprio conceito de culpa, que deve ser concebida como o desrespeito a um dever preexistente, seja ele decorrente da lei, da convenção das partes, ou do senso comum. Há tempos que parte da doutrina, nacional ou estrangeira, aponta o abandono a elementos subjetivos da culpa, como a intenção de descumprimento a um

dever, por imprudência, negligência ou imperícia.[117] Nota-se que o sistema do casamento ainda é mantido com deveres aos cônjuges, seja pela norma, ou pelo sentido coletivo que ainda persiste na sociedade brasileira (art. 1.566 do CC). Nessa linha, a culpa existente no casamento é justamente o desrespeito a um desses deveres, o que pode motivar, sim, a dissolução da união. Negar a culpa para dissolver o casamento é negar o dever de fidelidade (art. 1.566, inc. I, do CC), passando este a constituir mera faculdade jurídica.

→ Sem a análise da culpa, como ficaria a questão da responsabilidade civil decorrente do casamento, a qual gera o dever de indenizar dos cônjuges? Caio Mário da Silva Pereira é um dos juristas, dentre tantos, que afirma que a culpa constitui um *conceito unitário para o Direito*.[118] Sendo assim, se a categoria serve para atribuir o dever de indenizar, também deve ser utilizada para dissolver a união, até por uma questão de bom senso sistemático e de economia. Somente para ilustrar, parece ilógico não se atribuir culpa a um dos cônjuges nos casos de violência doméstica, de transmissão de graves doenças sexuais ao outro, ou de existência de famílias paralelas com sérias repercussões sociais. Se a culpa gera a indenização em casos tais, também dissolve o vínculo matrimonial. Não se pode pensar que, em tais casos, haverá uma *meia culpa*, somente para os fins de responsabilidade civil, sem repercussões familiares. A ação de divórcio pode ser cumulada com a reparação dos danos, correndo na própria Vara da Família. Isso não impede que o juiz da causa decrete o divórcio do casal, mediante pedido de ambos, e prossiga na análise da culpa para outros fins.

→ Juridicamente a culpa é conceito que persiste e que será mantido no Direito das Obrigações, no Direito Contratual e na Responsabilidade Civil. Desse modo, obviamente, a categoria deve ser preservada para extinguir os vínculos conjugais no Direito de Família. Entender o contrário fere o razoável e uma visão unitária do ordenamento jurídico privado. Eventuais argumentos históricos de *conquistas* não podem dar, ao Direito de Família, tal suposto *privilégio*. Aliás, fica a dúvida de que se afastar a culpa e conceber um modelo unitário é mesmo uma *vantagem*.

→ Por fim, a existência de um modelo *dual* ou *binário*, com e sem culpa, atende melhor aos múltiplos anseios da sociedade pós-moderna, identificada pelo pluralismo e pela hipercomplexidade.

A encerrar o tópico, como é possível perceber, grandes serão os desafios e inúmeros são os debates relativos à *Emenda Constitucional do Divórcio*. A discussão doutrinária a respeito da culpa é apenas um dos pontos de relevo, teórico e prático, sem prejuízo de inúmeros outros que ainda surgirão na civilística nacional.

8.3.8.2.5 A questão do uso do nome pelo cônjuge após a EC 66/2010

O CC/2002 possibilita que um dos cônjuges utilize o sobrenome do outro, o que não deixa de ser um exercício livre da autonomia privada no Direito de Família (art. 1.565, § 1.º, do CC). Não se pode esquecer que o nome é o sinal que representa a pessoa perante o meio social, reconhecido como um direito da personalidade e fundamental, envolvendo normas de ordem pública e normas de ordem privada (arts. 16 a 19 do CC, art. 5.º, X, da CF/1988, e Lei 6.015/1973).

De acordo com o art. 1.578 do Código Civil, em regra, o cônjuge declarado culpado na separação perde o direito de usar o sobrenome ou patronímico do inocente. Todavia, o CC/2002 excepciona essa regra, prevendo que mesmo o cônjuge culpado pode continuar a utilizar o sobrenome do inocente se a alteração lhe acarretar:

– Evidente prejuízo para a sua identificação, como no caso da esposa ficar conhecida no meio social pelo sobrenome do marido.

– Manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida, nas hipóteses em que os filhos do casal são registrados apenas com o sobrenome do marido.

– Dano grave reconhecido na decisão judicial.

Por outra via, o cônjuge inocente na ação de separação judicial poderá renunciar, a qualquer momento, ao direito de usar o sobrenome do outro (§ 1.º do art. 1.578). Nas demais situações, caberá a opção de preservar ou não o nome de casado, o que é exercício de um direito personalíssimo (§ 2.º do art. 1.578). Conforme o anterior Enunciado n. 124 do CJF/STJ, aprovado por unanimidade na *I Jornada de Direito Civil*, esses dois parágrafos deveriam ser tidos como revogados, pois desnecessários diante do exercício da autonomia privada do interessado e do reconhecimento de que o nome constitui um direito da personalidade daquele cônjuge que o incorporou.

Ora, com a aprovação da EC 66/2010, este autor entende que não há mais qualquer influência da culpa para a manutenção do nome de casado após o divórcio. Primeiro porque o art. 1.578 do CC deve ser tido como totalmente revogado, por incompatibilidade com o Texto Maior, uma vez que faz menção à separação judicial, retirada do sistema. Segundo, pois a norma é de exceção, não admitindo aplicação por analogia ao divórcio. Terceiro, porque o nome incorporado pelo cônjuge constitui um direito da personalidade e fundamental, que envolve a dignidade humana, havendo relação com a vida privada da pessoa natural (art. 5.º, X, da CF/1988). Sendo assim, não se pode fazer interpretação jurídica a prejudicar direito fundamental.

Na esteira dessa proteção constitucional, o STJ tem entendido que a utilização do sobrenome pela mulher, ou a sua permanência após o divórcio, constitui uma faculdade desta. A decisão que merece destaque ainda expõe que o nome é incorporado à personalidade da pessoa, o que deve ser mantido com a *EC do Divórcio*:

> “Divórcio direto. Uso. Nome. Marido. Mulher. O Tribunal *a quo*, em embargos de declaração, decidiu que, no divórcio direto, a continuação do uso do nome de casada pela mulher constitui uma faculdade. Ademais, como assinalado na ementa do acórdão impugnado, a ora embargada foi casada durante 45 anos e, já com 70 anos de idade, o nome se incorporou à sua personalidade. Assim, o acórdão recorrido fundou-se nos elementos probatórios constantes dos autos, não cabendo a este Superior Tribunal revolvê-los a teor da Súm. n. 7-STJ. A Turma não conheceu do recurso” (STJ, REsp 241.200/RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 04.04.2006).

Ato contínuo, merece aplicação parcial o art. 1.571, § 2.º, do CC, lido da seguinte forma: dissolvido o casamento pelo divórcio, o cônjuge poderá manter o nome de casado.

Por todos os argumentos expostos, conclui-se que a questão do nome merece uma análise à parte, não havendo mesmo qualquer influência da culpa, por outros motivos.

8.3.8.2.6 O problema da guarda na dissolução do casamento. Análise atualizada com a EC 66/201(com a Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória (Lei 13.058/2014)

Após cuidar da separação judicial – agora retirada do sistema – e do divórcio, o Código Civil determina as regras referentes à "Proteção da Pessoa dos Filhos". Sobre esse tema, o Código traz disposições importantes, nos arts. 1.583 e 1.584. Tais artigos foram profundamente modificados pela Lei 11.698, de 13 de junho de 2008, que entrou em vigor em 16 de agosto de 2008, ou seja, sessenta dias depois de sua publicação.

Sucessivamente, houve nova alteração por meio da Lei 13.058, de 22 de dezembro de 2014, originária do Projeto de Lei 117/2013, aqui denominada como *Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória*.

Pois bem, no presente tópico será feito um estudo da matéria relativa à guarda de filhos na esfera do poder familiar, desde a Lei do Divórcio, passando pelo Código Civil de 2002 e pela citada modificação de 2008, chegando até a aprovação da Emenda Constitucional 66/2010 e a essa última norma, de 2014. Como se percebe, o tratamento legislativo sobre o tema ainda não encontrou a esperada estabilidade.

Iniciando-se pela Lei 6.515/1977, esta estabelecia a influência da culpa na fixação da guarda. De início, o art. 9.º da Lei do Divórcio prescrevia que, no caso de dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial consensual, seria observado o que os cônjuges acordassem sobre a guarda dos filhos. No caso de separação judicial fundada na culpa, os filhos menores ficariam com o cônjuge que não tivesse dado causa à dissolução, ou seja, com o cônjuge inocente (art. 10, *caput*). Se pela separação judicial fossem responsáveis ambos os cônjuges, os filhos menores ficariam em poder da mãe, salvo se o juiz verificasse que tal solução pudesse gerar prejuízo de ordem moral aos filhos (art. 10, § 1.º). Verificado pelo juiz que os filhos não deveriam permanecer em poder da mãe nem do pai, seria possível deferir guarda a pessoa notoriamente idônea, da família de qualquer dos cônjuges (art. 10, § 2.º, da Lei do Divórcio).

No sistema da redação original do Código Civil de 2002, previa o art. 1.583 que, no caso de dissolução da sociedade conjugal, prevaleceria o que os cônjuges acordassem sobre a guarda de filhos, no caso de separação ou divórcio consensual. Na realidade, a regra completava a proteção integral da criança e do adolescente prevista no ECA (Lei 8.069/1990). Isso porque, quanto aos efeitos da guarda existente na vigência do poder familiar e que visam à proteção dos filhos, determina o art. 33, *caput*, daquele diploma que "A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais".

Não havendo acordo entre os cônjuges, nos termos da redação original do Código Civil, a guarda seria atribuída a quem revelasse as *melhores condições* para exercê-la (art. 1.584 do CC/2002). O parágrafo único deste comando legal enunciava que a guarda poderia ser atribuída a terceiro, se o pai ou a mãe não pudesse exercê-la, de preferência respeitadas a ordem de parentesco

e a relação de afetividade com a criança ou o adolescente. A título de exemplo de aplicação do último dispositivo, a guarda poderia ser atribuída à avó paterna ou materna, desde que ela revelasse condições para tanto. Nessa linha, concluiu o Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2006, tendo em vista a redação original do Código Civil:

> "Trata-se de avó de oitenta anos que pede guarda da neta que se encontra em sua companhia desde o nascimento. Os pais não se opõem e poderiam, com dificuldade, criar a filha numa situação mais modesta, devido a seus baixos salários e ainda sustentam outro filho. O Ministério Público com isso não concorda, pois os pais poderiam criá-las e a avó encontra-se em idade avançada. A Turma, ao prosseguir o julgamento, por maioria, deu provimento ao recurso nos termos do voto do Min. Relator – que invocou a jurisprudência e o art. 33 do ECA no sentido de que prevalece o interesse da criança no ambiente que melhor assegure seu bem-estar, quer físico, quer moral, seja com os pais ou terceiros. Precedente citado: REsp 469.914-RS, *DJ* 05.05.2003" (STJ, REsp 686.709/PI, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 28.06.2006).

Os enunciados aprovados na *IV Jornada de Direito Civil*, evento realizado em outubro de 2006, acompanhavam a tendência civil-constitucional de se pensar sempre no melhor interesse da criança e do adolescente. Nessa esteira, o Enunciado n. 333 do CJF/STJ determina que "O direito de visita pode ser estendido aos avós e pessoas com as quais a criança ou o adolescente mantenha vínculo afetivo, atendendo ao seu melhor interesse". Note-se que a extensão do direito de visitas a terceiros, sejam eles parentes ou não da criança ou do adolescente, fica garantida por força da interpretação constitucional do Código Civil. Em razão do teor do enunciado doutrinário citado, o ex-marido da mãe da criança, o padrasto, que com ela criou laços afetivos, tem direito de visitas, sempre atendendo ao melhor interesse da criança e do adolescente. Também têm o direito de visitas os irmãos do menor.

O Código Civil de 2002, em sua redação original, mudou o sistema anterior de guarda, uma vez que a culpa não mais influencia a determinação do cônjuge que a deterá, ao contrário do que constava do art. 10 da Lei do Divórcio, norma revogada tacitamente pela codificação privada, diante de incompatibilidade de tratamento. Assim, constata-se, de imediato, que *não há qualquer impacto da Emenda do Divórcio sobre a guarda, eis que a culpa já não mais gerava qualquer consequência jurídica em relação a tal aspecto*.

Buscando interpretar os arts. 1.583 e 1.584 do CC/2002, de acordo com sua redação original, foram aprovados outros enunciados doutrinários nas *Jornadas de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

De início, preconiza o Enunciado n. 102 do CJF/STJ, aplicável ao art. 1.584, que "A expressão 'melhores condições' no exercício da guarda, na hipótese do art. 1.584, significa atender ao melhor interesse da criança", entendimento que está mantido, mesmo com a alteração dos arts. 1.583 e 1.584 em 2014.

Ato contínuo, na *IV Jornada de Direito Civil* a questão da guarda voltou a ser debatida,

surgindo o Enunciado n. 336 do CJF/STJ com a seguinte redação: "O parágrafo único do art. 1.584 aplica-se também aos filhos advindos de qualquer forma de família". Quando o enunciado doutrinário trata de qualquer forma de família, inclui a chamada *parentalidade socioafetiva*, tema abordado no presente capítulo desta obra. A situação de *parentalidade socioafetiva* se verifica, por exemplo, quando determinada pessoa aceita registrar o filho de terceiro como se biologicamente fosse seu (*adoção à brasileira*). Esse posicionamento doutrinário, por igual, deve ser tido como mantido no atual sistema, mesmo com as alterações pela Lei 13.058.

O Enunciado n. 334 do CJF/STJ, também da *IV Jornada*, dispõe que "A guarda de fato pode ser reputada como consolidada diante da estabilidade da convivência familiar entre a criança ou o adolescente e o terceiro guardião, desde que seja atendido o princípio do melhor interesse". Aplicando a ideia constante do enunciado doutrinário, colaciona-se julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> "Família. Menor. Convivência com a avó materna. Guarda de fato. Não devolução da criança após as férias escolares. Depoimento da infante. Validade. Mãe que trabalha na Capital. Liminar. Indeferimento. Manutenção. Mantém-se o indeferimento de liminar requerida pela mãe, em ação de busca e apreensão da filha menor em poder do pai e avô paterno, quando a criança declara sentir-se bem com os réus, não há notícia de maus-tratos e a pretensão da genitora é devolver-lhe ao convívio da avó materna" (TJMG, Agravo 1.0486.08.015720-0/0011, Peçanha, 1.ª Câmara Cível, Rel. Des. Alberto Vilas Boas, j. 02.09.2008, *DJEMG* 26.09.2008).

A expressão *melhores condições*, constante da redação originária do art. 1.584 do CC/2002, era tida como uma *cláusula geral*. E, para preenchê-la, os enunciados doutrinários citados propunham o atendimento do maior interesse da criança e do adolescente. Maria Helena Diniz, com base na doutrina francesa, sempre apontou três critérios, *três referenciais de continuidade*, que poderiam auxiliar o juiz na determinação da guarda, caso não tivesse sido possível um acordo entre os cônjuges:[119]

1. *Continuum de afetividade:* o menor deve ficar com quem se sente melhor, sendo interessante ouvi-lo. Para o presente auto menor pode ser ouvido a partir da idade de doze anos, aplicando-se, por analogia, a mesma regra da adoção (art. 28, § 2.º, do ECA, conforme a recente Lei 12.010/2009, que revogou o art. 1.621 do CC).
2. *Continuum social:* o menor deve ficar onde se sente melhor, levando se em conta o ambiente social, as pessoas que o cerca
3. *Continuum espacial:* deve ser preservado o espaço do menor, o "envoltório espacial de sua segurança", conforme ensina a Professora Titular da PUCSP.

Justamente por esses três critérios é que, geralmente, quem já exerce a guarda unilateral sempre teve maiores chances de mantê-la. Mas isso nem sempre ocorrerá, cabendo eventual ação judicial para dar nova regulamentação à guarda ou para buscar o menor contra quem não a exerce de forma satisfatória (*ação de busca e apreensão de menor*).

Com a edição da Lei 11.698, de 13 de junho de 2008, as redações dos arts. 1.583 e 1.584 do

CC/2002 sofreram alterações relevantes. Alterações substanciais também ocorreram com a Lei 13.058/2014, merecendo ambas as modificações uma análise sincronizada.

De início, o art. 1.583, *caput*, passou a prenunciar, pela Lei 11.698/2008, que a guarda será unilateral ou compartilhada. Em suma, seguindo o *clamor doutrinário*, a lei passou a prever, expressamente, essa modalidade de guarda. Nos termos legais, a *guarda compartilhada* é entendida como aquela em que há a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. O mesmo § 1.º do art. 1.583 define a *guarda unilateral* como sendo a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua. Esses diplomas não sofrerão qualquer alteração com a nova modificação legislativa, pela *Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória* (Lei 13.058/2014).

Porém, determinava o § 2.º do art. 1.583 que a guarda unilateral seria atribuída ao genitor que revelasse as melhores condições para exercê-la, o que era repetição da anterior previsão do art. 1.584 do CC/2002. Todavia, o preceito foi além, ao estabelecer alguns critérios objetivos para a fixação dessa modalidade de guarda, a saber: *a)* afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; *b)* saúde e segurança; *c)* educação. Tais fatores estavam na linha dos parâmetros expostos por Maria Helena Diniz, na página anterior, o que demonstrava que a lei apenas confirmava o que antes era apontado pela doutrina nacional.

Com a *Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória*, o dispositivo passou a estabelecer que "na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos". Em suma, nota-se que os critérios antes mencionados foram retirados, com a revogação dos três incisos do art. 1.583, § 2º, da codificação privada.

Com o devido respeito ao pensamento contrário, a este autor a novel legislação traz dois problemas. De início, quando há menção a uma *custódia física dividida*, parece tratar de *guarda alternada e não de guarda compartilhada*, conforme classificação que ainda será exposta. Em complemento, os critérios que constavam da lei sem a alteração eram salutares, havendo um retrocesso na sua retirada, na opinião deste autor.

Seguindo no estudo do tema, prescrevia o § 3º do art. 1.583, modificado pela Lei 11.698/2008, que a guarda unilateral obrigaria o pai ou a mãe que não a detivesse a supervisionar os interesses dos filhos (*direito de supervisão*). Implicitamente, havia previsão sobre o direito de visitas, comum a essa forma de guarda.

Com a Lei 13.058/2014 passou-se a estabelecer que "na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos". Mais uma vez a confusão entre guarda compartilhada e alternada fica clara, pois se reconhece a viabilidade de o filho residir em lares e cidades distintas, ao se considerar uma cidade como *base da*

moradia.

O equívoco foi percebido pelo Professor José Fernando Simão, que participou da audiência pública no Senado Federal de debate do então Projeto de Lei 117/2013. Conforme artigo publicado ao final de 2014, pontua o jurista que "este dispositivo é absolutamente nefasto ao menor e ao adolescente. Preconiza ele a dupla residência do menor em contrariedade às orientações de todos os especialistas da área da psicanálise. Convívio com ambos os pais, algo saudável e necessário ao menor, não significa, como faz crer o dispositivo, que o menor passa a ter duas casas, dormindo às segundas e quartas na casa do pai e terças e quintas na casa da mãe. Essa orientação é de guarda alternada e não compartilhada. A criança sofre, nessa hipótese, o drama do duplo referencial criando desordem em sua vida. Não se pode imaginar que compartilhar a guarda significa que nas duas primeiras semanas do mês a criança dorme na casa paterna e nas duas últimas dorme na casa materna. Compartilhar a guarda significa exclusivamente que a criança terá convívio mais intenso com seu pai (que normalmente fica sem a guarda unilateral) e não apenas nas visitas ocorridas a cada 15 dias nos fins de semana. Assim, o pai deverá levar seu filho à escola durante a semana, poderá com ele almoçar ou jantar em dias específicos, poderá estar com ele em certas manhãs ou tardes para acompanhar seus deveres escolares. Note-se que há por traz da norma projetada uma grande confusão. Não é pelo fato de a guarda ser unilateral que as decisões referentes aos filhos passam a ser exclusivas daquele que detém a guarda. Decisão sobre escola em que estuda o filho, religião, tratamento médico entre outras já é sempre foi decisão conjunta, de ambos os pais, pois decorre do poder familiar. Não é a guarda compartilhada que resolve essa questão que, aliás, nenhuma relação tem com a posse física e companhia dos filhos".[120] As conclusões do texto do jurista são as mesmas do presente autor.

O *caput* do art. 1.584 do CC/2002, sem qualquer alteração legislativa em 2014, preconiza que a guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser efetivada por dois meios:

I) Requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar. Essa primeira opção envolve o pleno acordo dos genitores a respeito da matéria. Quanto à menção à ação de separação, essa deve ser vista com ressalvas, diante de sua retirada do sistema pela Emenda do Divórcio. Para este autor, é perfeitamente possível cumular o pedido de divórcio com a regulamentação da guarda dos filhos.

II) Decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe. No tocante a esse segundo meio, trata-se da guarda imposta pelo juiz na ação correspondente.

Na audiência de conciliação da ação em que se pleiteia a guarda, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas (art. 1.584, § 1.º, do CC). Também não houve qualquer modificação em tal diploma.

Porém, estabelecia o § 2º da norma que quando não houvesse acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, seria aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada. Constata-se, portanto, que esta passou a ser a *prioridade*, diante da emergência da Lei 11.698/2008.

A Lei 13.058/2014 alterou o último comando, dispondo atualmente que "quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor". Por essa norma é que a guarda compartilhada passa a ser *obrigatória* ou *compulsória*, o que justifica a nomenclatura dada por este autor à nova lei. A obrigatoriedade fica clara pelo fato de que o afastamento da guarda compartilhada – ou alternada – deve ser motivado, cabendo ao juiz da causa analisar a questão sempre sob a perspectiva do princípio do maior interesse da criança ou do adolescente.

Conforme era exposto nas edições anteriores desta obra, apesar da expressa previsão legal anterior de prioridade, dos esforços interdisciplinares contidos no outrora citado enunciado doutrinário e no entendimento jurisprudencial, acreditava-se na existência de certos entraves para a efetivação da guarda compartilhada.

Isso porque, para que seja possível a concreção dessa modalidade de guarda, este autor acredita ser necessária certa harmonia entre os cônjuges, uma *convivência pacífica mínima*, pois, caso contrário, será totalmente inviável a sua efetivação, inclusive pela existência de prejuízos à formação do filho, pelo *clima de guerra* existente entre os genitores. Nesse sentido já entendia o Tribunal de Justiça Gaúcho, antes mesmo da alteração legislativa de 2008: "*Guarda compartilhada*. Caso em que há divergência entre as partes quanto à guarda. A guarda compartilhada pressupõe harmonia e convivência pacífica entre os genitores" (TJRS, Processo 70008775827, 12.08.2004, 8.ª Câmara Cível, Rel. Juiz Rui Portanova, origem Porto Alegre). Mais recentemente, vejamos dois outros acórdãos estaduais, que trazem a mesma conclusão, pela necessidade de existência de uma convivência pacífica mínima:

> "Agravo de instrumento. Dissolução de união estável litigiosa. Pedido de guarda compartilhada. Descabimento. Ausência de condições para decretação. A guarda compartilhada está prevista nos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, com a redação dada pela Lei 11.698/2008, não podendo ser impositiva na ausência de condições cabalmente demonstradas nos autos sobre sua conveniência em prol dos interesses do menor. Exige harmonia entre o casal, mesmo na separação, condições favoráveis de atenção e apoio na formação da criança e, sobremaneira, real disposição dos pais em compartilhar a guarda como medida eficaz e necessária à formação do filho, com vista a sua adaptação à separação dos pais, com o mínimo de prejuízos ao filho. Ausente tal demonstração nos autos, inviável sua decretação pelo Juízo. Agravo de instrumento desprovido" (TJRS, Agravo de Instrumento 70025244955, Camaquã, 7.ª Câmara Cível, Rel. Des. André Luiz Planella Villarinho, j. 24.09.2008, *DOERS* 01.10.2008, p. 44).

> "Guarda compartilhada. Adolescente. Situação familiar não propícia ao implemento da medida. Deferimento de guarda única à avó paterna. Direito de visitação da genitora. O melhor interesse da criança ou do adolescente prepondera na decisão sobre a guarda, independentemente dos eventuais direitos daqueles que requerem a guarda. O implemento da

guarda compartilhada requer um ambiente familiar harmonioso e a convivência pacífica entre as partes que pretendem compartilhar a guarda do menor. O conjunto probatório dos autos revela que, lamentavelmente, não há qualquer comunicação, contato e muito menos consenso entre a autora (avó) e a ré (mãe) necessários ao estabelecimento da guarda compartilhada. Assim sendo, há que se instituir no caso concreto a tradicional modalidade da guarda única em favor da autora, legitimando-se a situação de fato. Também merece reparo o regime de visitação imposto na r. sentença, o qual passará a ser em fins de semana alternados e somente aos domingos, de 8 às 20 horas ou em qualquer outro dia da semana e horário que for acordado entre mãe e filho, medida necessária para que o adolescente restabeleça seu vínculo com a mãe até que atinja a maioridade civil. Precedente citado: TJRS, 70001021534/RS, Rel. Des. Maria Berenice Dias, julgado em 02.03.2005" (TJRJ, Acórdão 2007.001.35726, Capital, Rel. Des. Roberto de Souza Cortes, j. 27.11.2007, *DORJ* 14.02.2008, p. 312).

De toda sorte, cumpre destacar julgados do Superior Tribunal de Justiça, segundo os quais a guarda compartilhada pode ser *imposta* pelo magistrado, mesmo não havendo o consenso entre os genitores. Vejamos duas dessas ementas:

"Civil e processual civil. Recurso especial. Direito civil e processual civil. Família. Guarda compartilhada. Consenso. Necessidade. Alternância de residência do menor. Possibilidade. 1. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. 2. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do poder familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. 3. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. 4. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do poder familiar que existe para a proteção da prole. 5. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta. 6. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão. 7. Recurso especial provido" (STJ, REsp 1.428.596, 3.ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 03.06.2014).

"Guarda compartilhada. Alternância. Residência. Menor. A guarda compartilhada (art. 1.583, § 1.º, do CC/2002) busca a proteção plena do interesse dos filhos, sendo o ideal buscado no exercício do poder familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico do duplo referencial. Mesmo na ausência de consenso do antigo casal, o melhor interesse do menor dita a aplicação da guarda compartilhada. Se assim não fosse, a ausência de consenso, que poderia inviabilizar a guarda compartilhada, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente porque contraria a finalidade do poder familiar, que existe para proteção da prole. A drástica fórmula de imposição judicial das atribuições de cada um dos pais e do período de convivência da criança sob a guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal letra morta. A custódia física conjunta é o ideal buscado na fixação da guarda compartilhada porque sua implementação quebra a monoparentalidade na criação dos filhos, fato corriqueiro na guarda unilateral, que é substituída pela implementação de condições propícias à continuidade da existência das fontes bifrontais de exercício do poder familiar. A guarda compartilhada com o exercício conjunto da custódia física é processo integrativo, que dá à criança a possibilidade de conviver com ambos os pais, ao mesmo tempo em que preconiza a interação deles no processo de criação" (STJ, REsp 1.251.000/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 23.08.2011, publicação no seu *Informativo* n. *481*).

Com o devido respeito, este autor já criticava as últimas decisões nos casos em que não há a citada harmonia mínima entre os guardiões, pois o compartilhamento em casos tais pode aumentar os conflitos e gerar situações de maiores prejuízos ao filho, inclusive em decorrência de alienações parentais praticadas por ambos os guardiões. Por isso é que a mediação e a orientação psicológica são instrumentos fundamentais, devendo sempre entrar em cena para a aproximação dos genitores, ex-cônjuges ou ex-companheiros. Esclareça-se, na linha do exposto por Fernanda Tartuce, que a medição não visa pura e simplesmente o acordo, mas sim a atingir os interesses e as necessidades das partes envolvidas, estimulando a aproximação e o diálogo entre as partes.[121] Em tais aspectos a mediação diferencia-se da conciliação.

Infelizmente, a Lei 13.058/2014 confirma essa última forma de julgar, impositiva, e acreditamos que trará mais problemas do que soluções. Por outra via, José Fernando Simão pensa que, mesmo com a modificação legislativa, não haverá a citada obrigatoriedade. Para ele, "no caso da guarda compartilhada, em situações de grande litigiosidade dos pais, assistiremos às seguintes decisões: 'em que pese a determinação do Código Civil de que a guarda deverá ser compartilhada, no caso concreto, a guarda que atende ao melhor interesse da criança é a unilateral e, portanto, fica afastada a regra do CC que cede diante do princípio constitucional'. A lei não é, por si, a solução do problema como parecem preconizar os defensores do PL 117/2003. A mudança real é que o Magistrado, a partir da nova redação de lei, precisará invocar o preceito constitucional para não segui-la. Nada mais".[122] Vejamos como a jurisprudência se comportará no futuro.

Conforme o § 3.º do art. 1.584 do CC, modificado pela Lei 11.698/2008, para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poder basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar. A norma menciona a utilização da *mediação familiar* para o incremento da guarda compartilhada. Sobre o tema, o Enunciado n. 335 do CJF/STJ, da *IV Jornada de Direito Civil*, já estabelecia que a guarda compartilhada era prioritária, devendo "ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação de equipe interdisciplinar". Pela Lei 13.058/2014 foi incluída uma pequena alteração, passando a constar do final do diploma a locução "que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe". Mais uma vez, há claro equívoco em se confundir a guarda compartilhada com a alternada, com o uso do termo *divisão*.

Reafirme-se, contudo, que a mediação e a orientação psicológica são fundamentais para que essa guarda seja bem compreendida pelos pais e possa resultar em efetivos benefícios para crianças e adolescentes. Tratando indiretamente do tema, vejamos julgado do Superior Tribunal de Justiça, prolatado na vigência da alteração do art. 1.584 do CC pela Lei 11.698/2008:

> "Embargos de declaração em agravo no agravo. Guarda de menor. Pedido de suprimento de omissões. Alegação de que, no acórdão embargado, tomou-se como verdadeiro o fato de que há ação penal em curso contra o pai da criança, desconsiderando-se o fato de que houve trancamento dessa ação. Solicitação para que, na definição da guarda do menor,

seja levada em consideração a possibilidade de estabelecimento de guarda compartilhada. Omissões inexistentes. Embargos rejeitados. A circunstância de existir, contra o pai do menor, ação penal em curso, foi expressamente tratada como irrelevante para a definição da guarda do menor disputado, dadas as peculiaridades da espécie. Se ocorreu o trancamento dessa ação, portanto, esse fato não tem repercussão no julgado. O objeto do recurso julgado nesta sede era restabelecer a guarda do menor em favor da mãe, por isso esse foi o alcance do acórdão. Nada impede, todavia, que o juízo de 1.º grau, com base nos elementos do processo e valendo-se, conforme o caso, das orientações técnico-profissionais de que trata o art. 1.584, § 3.º, do CC/2002, determine, fundamentadamente, a guarda compartilhada da criança, se essa for, segundo o seu critério, a medida que melhor tutele os interesses do menor. Tal decisão estaria sujeita a controle pelos meios de impugnação previstos no CPC. Embargos de declaração rejeitados" (STJ, EDcl-AgRg-Ag 1.121.907/SP, 3.ª Turma, Rel. Min. Fátima Nancy Andrighi, j. 19.05.2009, *DJe* 03.06.2009).

A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, pode implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor (art. 1.584, § 4.º, do CC). A Lei 13.058/2014 excluiu a locação "inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho", o que poderia prejudicar o compartilhamento ou divisão da guarda.

Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade (art. 1.584, § 5.º, do CC). Assim, a guarda pode ser atribuída aos avós, aos tios ou até a um companheiro homoafetivo do genitor, o que não foi alterado pela norma do final de 2014.

Entretanto, como novidade, foi incluída no Código Civil uma penalidade no caso de não prestação de informações por entidades públicas e privadas a qualquer dos genitores. De acordo com o novel art. 1.584, § 6.º, do CC, "qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R$ 200,00 (duzentos reais) a R$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação". Imagine-se, por exemplo, o caso de uma escola que não quer prestar informações sobre o processo educativo do aluno a um dos pais, estando sujeita às citadas multas, o que, para este autor, parece salutar, em uma primeira análise.

Pois bem, para esclarecer as mudanças da legislação e o tratamento da matéria, especialmente as críticas formuladas à chamada *Lei da Guarda Compartilhada (ou Alternada) Obrigatória*, necessária se faz uma explicação didática quanto às formas de guarda preconizadas pela doutrina e admitidas pela jurisprudência. Nesse contexto, podem ser apontadas quatro modalidades de guarda na esfera do poder familiar:

– *Guarda unilateral:* uma pessoa tem a guarda enquanto a outra tem, a seu favor, a regulamentação de visitas. Essa sempre fo a forma mais comum de guarda, trazendo o inconveniente de privar o menor da convivência contínua de um dos genitores. Em razão desse inconveniente é que se operaram as mudanças legislativas aqui exposta.

– *Guarda alternada:* o filho permanece um tempo com o pai e um tempo com a mãe, pernoitando certos dias da semana com o pai e outros com a mãe. A título de exemplo, o filho permanece de segunda a quarta-feira com o pai e de quinta-feira a domingo com a mãe. Essa forma de guarda não é recomendável, eis que pode trazer confusões psicológicas à criança. Com

tom didático, pode-se dizer que essa é a *guarda pingue-pongue*, pois a criança permanece com cada um dos genitores por períodos interruptos. Alguns a denominam como a *guarda do mochileiro*, pois o filho sempre deve arrumar a sua mala ou mochila para ir à outra casa. O presente autor entende que é altamente inconveniente, pois a criança perde seu referencial, eis que recebe tratamentos diferentes quando na casa paterna e na materna. Por isso, reafirme-se às críticas à nova *Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória*, que parece confundir a guarda compartilhada com a presente modalidade. De toda sorte, há quem entenda que é possível a sua instituição em casos excepcionais, o que está na linha da tentativa de modificação das normas sobre a matéria. Nessa linha, enunciado aprovado na *V Jornada de Direito Civil*, nos seguintes termos: "A Lei n. 11.698/2008, que deu nova redação aos arts. 1.583 e 1.584, do Código Civil, não se restringe à guarda unilateral e à guarda compartilhada, podendo ser adotada aquela mais adequada à situação do filho, em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. A regra se aplica a qualquer modelo de família (atualizados os Enunciados n. 101 e 336, em razão de mudança legislativa, agora abrangidos por este Enunciado)" (Enunciado n. 518 do CJF/STJ).

– *Guarda compartilhada ou guarda conjunta:* hipótese em que pai e mãe dividem as atribuições relacionadas ao filho, que irá conviver com ambos, sendo essa sua grande vantagem. Ilustrando, o filho tem apenas um lar, convivendo sempre que possível com os seus pais, que estão sempre presentes na vida cotidiana do filho. Essa forma de guarda é a mais recomendável, e, exatamente por isso, quanto ao art. 1.583 do CC/2002 em sua redação original, que tratava da determinação da guarda por acordo entre os cônjuges, previa o Enunciado n. 101 CJF/STJ que essa guarda poderia ser tanto a unilateral quanto a compartilhada, desde que atendido o maior interesse da criança (*best interest of the child*). Frise-se que foi tal entendimento doutrinário que motivou a alteração legislativa em 2008, passando a guarda compartilhada a ser a prioridade. Com o devido respeito a quem pensa de forma contrária, a Lei 13.058/2014 parece não tratar de guarda compartilhada, ao reconhecer a possibilidade de dupla residência para o filho, utilizando também o termo *divisão equilibrada*. Assim, fica uma questão para reflexão: *seria uma lei sobre guarda compartilhada obrigatória ou uma lei sobre guarda alternada obrigatória*?
– *Guarda da nidação ou aninhamento*: conforme explicam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, trata-se de modalidade comum em Países europeus, presente quando os filhos permanecem no mesmo domicílio em que vivia o casal dissolvido, revezando os pais em sua companhia.[123] A expressão aninhamento tem relação com a figura do *ninho*, qual seja, o local de residência dos filhos. Além da falta de previsão legal, tal forma de guarda encontra resistências econômicas, eis que os pais manterão, além do *ninho*, as suas residências próprias.

Feitas tais considerações sobre a estrutura da guarda, em termos de dever de prestar alimentos, afirma Maria Berenice Dias que a guarda compartilhada não impede sua fixação, até porque nem sempre os genitores gozam das mesmas condições econômicas. Muitas vezes não há alternância da guarda física do filho e a não cooperação do outro pode onerar sobremaneira o genitor guardião.[124] Ademais, o que se compartilha em regra é a convivência e não as despesas com a manutenção dos filhos. Em suma, prevalece a fixação de acordo com o *binômio* ou *trinômio alimentar*, tese que permanece com a vigência da Lei 13.058/2014. Nessa linha de pensamento, transcreve-se ementa do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> "Apelação cível. Ação de divórcio consensual. Alimentos para os filhos. Guarda compartilhada. Redução. A guarda compartilhada não exclui o pagamento de pensão alimentícia, pois o que se compartilha é apenas a responsabilidade pela formação, saúde, educação e bem-estar dos filhos, e não a posse dos mesmos. Não atendido o binômio necessidade. Possibilidade que trata o § 1.º do art. 1.694 do CCB/02, devem ser alterados os alimentos fixados em primeiro grau, cabendo a sua redução, quando o alimentante demonstrar a impossibilidade de prestá-los. Recurso conhecido e provido" (TJMG, Apelação Cível 1.0358.07.014534-9/0011, Jequitinhonha, 3.ª Câm. Cív., Rel. Des. Albergaria Costa, j. 20.08.2009, *DJEMG* 02.10.2009).

O art. 1.585 do Código Civil também foi alterado pela Lei 13.058/2014. Originalmente, previa o comando a aplicação dos arts. 1.583 e 1.584 para a guarda fixada em sede de cautelar de separação de corpos do casal. Agora a nova redação do comando é a seguinte: "em sede de medida cautelar de separação de corpos, em sede de medida cautelar de guarda ou em outra sede de fixação liminar de guarda, a decisão sobre guarda de filhos, mesmo que provisória, será proferida preferencialmente após a oitiva de ambas as partes perante o juiz, salvo se a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar sem a oitiva da outra parte, aplicando-se as disposições do art. 1.584." Em suma, amplia-se o mesmo tratamento para outras cautelares possíveis na prática familiarista, recomendando-se a oitiva dos genitores, inclusive para que seja viável a guarda compartilhada (ou alternada).

Em casos excepcionais, havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, visando também esse melhor interesse, regular de maneira diferente as regras outrora analisadas (art. 1.586 do CC/2002). Todas essas normas devem ser aplicadas aos casos de invalidade do casamento, ou seja, de casamento inexistente, nulo e anulável (art. 1.587 do CC/2002). Aqui, nesses dois últimos comandos, não há qualquer alteração.

Se o pai ou a mãe contrair novas núpcias, não perderá o direito de ter consigo os filhos, que só lhe poderão ser retirados por mandado judicial, provado que não são tratados convenientemente (art. 1.588 do CC/2002). Como se constata, deve sempre prevalecer o melhor interesse do menor, nos termos do Enunciado n. 337 do CJF/STJ, também da *IV Jornada de Direito Civil*: "O fato de o pai ou a mãe constituírem nova união não repercute no direito de terem os filhos do leito anterior em sua companhia, salvo quando houver comprometimento da sadia formação e do integral desenvolvimento da personalidade destes". Também não houve qualquer mudança em tal dispositivo.

Determina o art. 1.589 da atual codificação, também sem alterações, que o pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitálos e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação. Para ilustrar, trazendo aplicação do dispositivo a respeito da regulamentação de visitas a favor do pai, transcreve-se:

> "Regulamentação de direito de visitas. Preponderância dos interesses da criança. Convivência com o pai que é necessária para seu bom desenvolvimento psicológico e emocional. Direito natural do pai consagrado no art. 1.589 do Código Civil de 2002. Visita fora da casa materna, aos domingos, das 9 às 19 horas, que é razoável e se mostra benéfica à formação afetiva da criança. Inexistência de motivo concreto para restrição, devendo a autora adaptar sua rotina e da criança para que esta última possa estar na companhia do pai. Jurisprudência dominante neste TJSP e no STJ. Decisão parcialmente reformada. Recurso provido em parte" (TJSP, Apelação Cível 669.353.4/4, Acórdão 4220130, Franca, 4.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Maia da Cunha, j. 26.11.2009, *DJESP* 18.12.2009).

Como novidade anterior, a Lei 12.398/2011 introduziu expressamente no art. 1.589 do CC/2002

o direito de visitas a favor dos avós, observado o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Consignese que a jurisprudência já admitia tal direito, não havendo grande novidade na alteração legislativa (por todos: TJRS, AI 70035611953, 7.ª Câm., Rel. Des. André Luiz Planella Villarinho, j. 11.08.2010, *DJERS* 19.08.2010 e TJSP, AI 572.373.4/3, 3.ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. Beretta da Silveira, j. 28.04.2009, *DJESP* 19.06.2009). Na verdade, o que se espera é que o direito de visitas seja estendido a outras hipóteses, como no caso de padrastos e madrastas.

Da *IV Jornada de Direito Civil*, o último e importante enunciado a respeito da guarda de filhos é o de número 338, a saber: "A cláusula de não tratamento conveniente para a perda da guarda dirige-se a todos os que integrem, de modo direto ou reflexo, as novas relações familiares". De acordo com o teor do enunciado doutrinário, qualquer pessoa que detenha a guarda do menor, seja ela pai, mãe, avó, parente consanguíneo ou socioafetivo, poderá perdê-la ao não dar tratamento conveniente ao incapaz. O enunciado, com razão, estende a toda e qualquer pessoa os deveres de exercício da guarda de acordo com o maior interesse da criança e do adolescente. Tal premissa doutrinária deve ser plenamente mantida com a emergência da Lei 13.058/2014.

As disposições relativas à guarda e prestação de alimentos aos filhos menores estendem-se aos maiores incapazes, conforme determina o art. 1.590 do CC/2002, também sem alteração recente. Assim, a título de exemplo, a hipótese de fixação de guarda de um filho maior, que foi interditado por enfermidade ou doença mental grave.

Por derradeiro, esclareça-se que a Lei 13.058/2014 também alterou o art. 1.634 do Código Civil, a ser abordado mais à frente, na presente obra.

8.3.8.2.7 Alimentos na dissolução do casamento e a Emenda do Divórcio

Como se sabe, o impacto da culpa em relação aos alimentos já era menor com o CC/2002 do que no sistema anterior da Lei do Divórcio. Isso porque, em regra, pelo sistema anterior, o cônjuge culpado pelo fim da relação não podia pleitear alimentos do inocente, eis que o inocente poderia pleitear do culpado, dentro do binômio *possibilidade/necessidade* (arts. 19 a 23 da Lei 6.515/1977).

No tocante ao cônjuge inocente, o sistema foi mantido, prevendo o art. 1.702 do CC que "Na separação judicial litigiosa, sendo um dos cônjuges inocente e desprovido de recursos, prestar-lhe-á o outro a pensão alimentícia que o juiz fixar, obedecidos os critérios estabelecidos no art. 1.694".

A atual codificação privada alterou significativamente o tratamento em relação ao cônjuge declarado culpado na separação judicial que, em regra não pode pleitear alimentos do inocente (art. 1.704, *caput*, do CC). Todavia, como exceção, o culpado tem direito aos alimentos indispensáveis à sobrevivência (denominados *alimentos necessários* ou *naturais*), conforme preceitua o art. 1.694, § 2.º, do CC. Isso, se não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho (art. 1.704, parágrafo único, do CC).

Com a emergência da *Emenda do Divórcio*, fica em dúvida a manutenção de tais dispositivos no sistema de Direito de Família brasileiro, podendo ser apontadas três correntes doutrinárias.

→ A *primeira*, a que estão filiados Paulo Lôbo, Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias, entre outros, sustenta que diante da impossibilidade total de discussão de culpa no casamento, tais dispositivos estão totalmente revogados. Sendo assim, os alimentos devem ser fixados de acordo com o binômio *necessidade/possibilidade*, ou com o trinômio *necessidade/possibilidade/razoabilidade*.[125]

→ A *segunda corrente* admite a discussão do conteúdo de tais comandos legais, mas apenas em ação autônoma de alimentos. Assim, não houve revogação das normas do Código Civil de 2002 citadas. Esse é o entendimento de José Fernando Simão, conforme obra anterior escrita com este autor.[126]

→ Por fim, a *terceira corrente* argumenta pela possibilidade de discussão da culpa na ação de divórcio, podendo a questão de alimentos ser definida na própria demanda ou em ação autônoma, a critério dos cônjuges. Do mesmo modo da corrente anterior, não houve revogação dos dispositivos destacados. Essa é a posição deste autor.

Percebe-se, portanto, o surgimento de mais uma questão polêmica relativa à *Emenda do Divórcio*, cujo debate pela civilística nacional deve ser incrementado nos próximos anos.

8.4 DA UNIÃO ESTÁVEL

8.4.1 Conceito de união estável e seus requisitos fundamentais. Diferenças entr união estável e concubinato

Qualquer estudo da união estável deve ter como ponto de partida a CF/1988, que reconhece a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, prevendo que a lei deve facilitar a sua conversão em casamento. Duas conclusões fundamentais podem ser retiradas do Texto Maior. A *primeira* é que a união estável não é igual ao casamento, eis que categorias iguais não podem ser convertidas uma na outra. A *segunda* é que não há hierarquia entre casamento e união estável. São apenas entidades familiares diferentes, que contam com a proteção constitucional.[127]

O CC/2002 traz um capítulo próprio relativo à união estável, entre os seus arts. 1.723 a 1.727. Além disso, o art. 1.694 do CC consagra direito a alimentos aos companheiros; enquanto que o polêmico art. 1.790 prevê o direito sucessório do companheiro. O último comando será estudado no próximo capítulo desta obra.

O atual Código Civil incorporou substancialmente o que estava tratado pela Lei 8.971/1994 e principalmente pela Lei 9.278/1996. Consigne-se que tanto a última lei quanto o CC/2002 tiveram como *mentor intelectual e acadêmico* o Professor Álvaro Villaça Azevedo, que participou de seus processos de elaboração.[128]

Como o citado jurista também foi *mentor intelectual* deste autor, o trabalho de estudo ficará facilitado. Das duas leis foram incorporados os requisitos da união estável, os seus deveres, a proteção patrimonial, o direito a alimentos e os direitos sucessórios (os últimos totalmente remodelados). Dois aspectos não foram tratados pela atual codificação. O *primeiro* é a competência da Vara da Família para apreciar as questões relativas à união estável, norma processual que continua em vigor (art. 9.º da Lei 9.278/1996). O *segundo* é o direito real de habitação sobre o imóvel do casal como direito sucessório do companheiro, que segundo o entendimento majoritário, ainda é vigente (art. 7.º, parágrafo único, da Lei 9.278/1996). O último direito também será tratado no próximo capítulo desta obra.

Partindo para o conceito de união estável, repetindo o art. 1.º da Lei 9.278/1996, enuncia o art. 1.723, *caput*, do CC/2002, que é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na *convivência pública (no sentido de notória)*, *contínua* e *duradoura* e *estabelecida com o objetivo de constituição de família (animus familae)*. Repise-se que o conceito foi construído a partir da doutrina de Álvaro Villaça Azevedo.

Em tom didático, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho apresentam *elementos caracterizadores essenciais* e *elementos caracterizadores acidentais* para a união estável. Entre os primeiros estão a publicidade, a continuidade, a estabilidade e o objetivo de constituição de família. Como elementos acidentais, destacam o tempo, a prole e a coabitação.[129]

Como se pode notar, as expressões *pública*, *contínua, duradoura* e *objetivo de constituição de família* são abertas e genéricas, de acordo com o sistema adotado pela atual codificação privada, demandando análise caso a caso. Por isso, pode-se afirmar que *há uma verdadeira cláusula geral na constituição da união estável*. Sobre a sua configuração, devem ser observados os seguintes aspectos:

- A lei não exige prazo mínimo para a sua constituição, devendo ser analisadas as circunstâncias do caso concreto (nesse sentido: TJSP, Apelação com Revisão 570.520.5/4, Acórdão 3543935, São Paulo, 9.ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Rebouças de Carvalho, j. 04.03.2009, *DJESP* 30.04.2009).
- Não há exigência de prole comum (TJMG, Acórdão 1.0024.02.652700-2/001, Belo Horizonte, 1.ª Câmara Cível, Rel. Des. Eduardo Guimarães Andrade, j. 16.08.2005, *DJMG* 26.08.2005).
- Não se exige que os companheiros ou conviventes vivam sob o mesmo teto, o que consta da remota Súmula 382 do STF, que trata do concubinato e que era aplicada à união estável. A jurisprudência atual continua aplicando essa súmula (por todos: STJ, REsp 275.839/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 02.10.2008, *DJe* 23.10.2008).
- Os impedimentos matrimoniais previstos no art. 1.521 do CC também impedem a caracterização da união estável, havendo, na hipótese, concubinato (art. 1.727 do CC). Porém, o CC/2002 passou a admitir que a pessoa casada, desde que separada de fato ou judicialmente constitua união estável. Enuncia o art. 1.723, § 1.º, do CC, que "A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente". A norma deveria ser atualizada para incluir o separado extrajudicialmente, nos termos da Lei 11.441/2007. Todavia, diante da entrada em vigor da EC 66/2010, que retirou do

sistema a separação jurídica, o panorama mudou. Para os novos relacionamentos apenas tem relevância a premissa de que o separado de fato pode constituir uma união estável. A menção ao separado judicialmente e a situação do separado extrajudicialmente têm pertinência apenas para os relacionamentos anteriores, existentes da vigência do Código Civil de 2002 até a *Emenda do Divórcio (até 13.07.2010)*. Ilustrando, se alguém, separado judicialmente ou extrajudicialmente, constituiu uma convivência com outrem desde o ano de 2008, tal relacionamento pode ser tido como união estável.

- Podem ser encontradas decisões aplicando a novidade do art. 1.723, § 1º, do CC, especialmente quanto ao separado de fato (ilustrando: TJRS, Acórdão 70035099621, Santo Augusto, 8.ª Câmara Cível, Rel. Des. Claudir Fidelis Faccenda, j. 10.06.2010, *DJERS* 21.06.2010; TJMG, Apelação Cível 1.0003.01.001630-5/0011, Abre-campo, 1.ª Câmara Cível, Rel. Des. Eduardo Guimarães Andrade, j. 09.02.2010, *DJEMG* 12.03.2010; TJSP, Apelação 994.07.013946-0, Acórdão 4266183, Sorocaba, 1.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Paulo Eduardo Razuk, j. 15.12.2009, *DJESP* 08.03.2010).
- Ainda no que concerne à caracterização da união estável, determina o art. 1.723, § 2.º, do CC, que as causas suspensivas do casamento do art. 1.523 do CC não impedem a caracterização da união estável. Como decorrência lógica dessa premissa legal, as causas suspensivas do casamento não impõem o regime da separação obrigatória de bens à união estável. Na verdade, como o art. 1.641 do CC é norma restritiva da liberdade e da autonomia privada, não admite analogia para a união estável, aplicando-se apenas ao casamento. Essa parece ser a melhor conclusão, na esteira da mais abalizada doutrina.[130] Todavia, a jurisprudência do STJ tem entendido pela aplicação do art. 1.641 do CC à união estável diante da suposta equiparação da união estável ao casamento (por todos: STJ, REsp 1.090.722, 3.ª Turma, Rel. Min. Massami Ueda, j. 02.03.2010 e REsp 646.259/RS, 4.ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 22.06.2010).

Como ficou claro pelos tópicos acima, não se pode confundir a união estável com o concubinato. Em relação ao último, dispõe o art. 1.727 do CC/2002 que as relações não eventuais constituídas entre o homem e a mulher impedidos de casar constituem concubinato. As diferenças entre os institutos consta da tabela a seguir:

União estável	**Concubinato**
Constitui uma entidade familiar (art. 226, § 3.º, da CF/1988).	Não constitui entidade familiar, mas uma mera sociedade de fato.
Pode ser constituída por pessoas solteiras, viúvas, divorciadas ou separadas de fato, judicialmente e extrajudicialmente.	Será constituída entre pessoas casadas não separadas, ou havendo impedimento matrimonial decorrente de parentesco ou crime.
As partes são denominadas companheiros ou conviventes.	As partes são chamadas de concubinos.
Há direito à meação patrimonial (art. 1.725), direito a alimentos (art. 1.694) e direitos sucessórios (art. 1.790 do CC).	Não há direito à meação patrimonial, direito a alimentos ou direito sucessório. Na questão patrimonial, aplica-se a antiga Súmula 380 do STF, que consagra direito à participação patrimonial em relação aos bens adquiridos pelo esforço comum. A jurisprudência também tinha o costume de indenizar a concubina pelos serviços domésticos prestados. Porém, a tendência é afastar tal direito, conforme julgado publicado no *Informativo* n. *421* do STJ, de fevereiro de 2010.
Cabe eventual *ação de reconhecimento e dissolução da união estável*, que corre na Vara da Família. Não se pode denominar a demanda como de dissolução de uma sociedade de fato, erro comum na prática.	Cabe *ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato*, que corre na Vara Cível.

Interessante anotar que, no passado, a expressão concubinato também era utilizada para denotar

a existência de uma união estável. Álvaro Villaça Azevedo utilizava o termo *concubinato puro*. Todavia, no presente não se recomenda mais o uso de tal expressão para a entidade familiar, sendo certo *que a companheira ou convivente não se confunde com a concubina*. Recomenda-se, portanto, a utilização das diferenças que constam da tabela comparativa antes exposta.

O exemplo típico de concubinato envolve a amante de homem casado ou o amante de mulher casada, nas hipóteses em que os cônjuges não são separados, pelo menos de fato. Em casos tais, pela literalidade da norma, não há que se reconhecer a existência de uma entidade familiar. Todavia, parte da doutrina contemporânea quer elevar à condição de companheira a concubina. É o caso de Maria Berenice Dias, que leciona:

> "A palavra concubinato carrega consigo o estigma de relacionamento alvo do preconceito. Historicamente, sempre traduziu relação escusa e pecaminosa, quase uma depreciação moral. Pela primeira vez, este vocábulo consta de um texto legislativo (CC 1727), com a preocupação de diferenciar o concubinato da união estável. Mas não é feliz. Certamente, a intenção era estabelecer uma distinção entre união estável e família paralela, chamada doutrinariamente de concubinato adulterino, mas para isso faltou coragem ao legislador. A norma restou incoerente e contraditória. Simplesmente, parece dizer – mas não diz – que as relações paralelas não constituem união estável. Pelo jeito a pretensão é deixar as uniões 'espúrias' fora de qualquer reconhecimento e a descoberta de direitos. Não é feita qualquer remissão ao direito das obrigações, para que seja feita analogia com as sociedades de fato. Nitidamente punitiva a postura da lei, pois condena à indivisibilidade e nega proteção jurídicas às relações que desaprova, sem atentar que tal exclusão pode gerar severas injustiças, dando margem ao enriquecimento ilícito de um dos parceiros".[131]

Em sentido próximo, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho igualmente expõem tal tendência de se reconhecer direitos ao amante, equiparando-se o concubinato à união estável, em algumas hipóteses.[132] O capítulo XX da obra conjunta escrita pelos doutrinadores é intitulada *Concubinato e direitos da(o) amante*.

Na jurisprudência podem ser encontradas decisões que determinam a divisão igualitária de bens entre a esposa e a concubina, tratada como companheira. As principais ementas são do Tribunal do Rio Grande do Sul, onde a última doutrinadora atuava como Desembargadora. A primeira decisão transcrita é interessante, por utilizar o termo *triação*, expressando a divisão igualitária dos bens entre a esposa e a concubina:

> "Apelação. União estável concomitante ao casamento. Possibilidade. Divisão de bem. 'Triação'. Viável o reconhecimento de união estável paralela ao casamento. Precedentes jurisprudenciais. Caso em que a prova dos autos é robusta em demonstrar que a apelante manteve união estável com o falecido, mesmo antes dele se separar de fato da esposa. Necessidade de dividir o único bem adquirido no período em que o casamento foi concomitante à união estável em três partes. 'Triação'. Precedentes jurisprudenciais. Deram provimento, por maioria" (TJRS, Acórdão 70024804015, Guaíba, 8.ª Câmara Cível, Rel. Des. Rui Portanova, j. 13.08.2009, *DJERS* 04.09.2009, p. 49).

> "Apelação cível. União estável. Relacionamento Paralelo ao casamento. Se mesmo não estando separado de fato da esposa, vivia o falecido em união estável com a autora/companheira, entidade familiar perfeitamente caracterizada nos autos, deve ser reconhecida a sua existência, paralela ao casamento, com a consequente partilha de bens. Precedentes.

Apelação parcialmente provida, por maioria" (TJRS, Acórdão 70021968433, Canoas, 8.ª Câmara Cível, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, j. 06.12.2007, *DOERS* 07.01.2008, p. 35).

"Apelação. União dúplice. União estável. Possibilidade. A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união entre a autora e o *de cujus* em período concomitante ao casamento de 'papel'. Reconhecimento de união dúplice. Precedentes jurisprudenciais. Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre a esposa, a companheira e o *de cujus*. Meação que se transmuda em 'triação', pela duplicidade de uniões. Deram provimento, por maioria, vencido o des. Relator" (TJRS, Apelação Cível 70019387455, 8.ª Câmara Cível, Rel. Rui Portanova, j. 24.05.2007).

Em 2014, gerou muita polêmica julgado do Tribunal de Justiça do Maranhão. A *decisium* reconheceu a simultaneidade familiar em hipótese de homem casado que tinha uma concubina, tratada como companheira, para os fins sucessórios. Vejamos a ementa desse julgamento:

"Direito de família. Apelação cível. Ação declaratória de união estável *post mortem*. Casamento e união estável simultâneos. Reconhecimento. Possibilidade. Provimento. 1. Ainda que de forma incipiente, doutrina e jurisprudência vêm reconhecendo a juridicidade das chamadas famílias paralelas, como aquelas que se formam concomitantemente ao casamento ou à união estável. 2. A força dos fatos surge como situações novas que reclamam acolhida jurídica para não ficarem no limbo da exclusão. Entre esses casos, estão exatamente as famílias paralelas, que vicejam ao lado das famílias matrimonializadas. 3. Para a familiarista Giselda Hironaka, a família paralela não é uma família inventada, nem é família imoral, amoral ou aética, nem ilícita. E continua, com esta lição: 'Na verdade, são famílias estigmatizadas, socialmente falando. O segundo núcleo ainda hoje é concebido como estritamente adulterino, e, por isso, de certa forma perigoso, moralmente reprovável e até maligno. A concepção é generalizada e cada caso não é considerado por si só, com suas peculiaridades próprias. É como se todas as situações de simultaneidade fossem iguais, malignas e inseridas num único e exclusivo contexto. O triângulo amoroso sub-reptício, demolidor do relacionamento número um, sólido e perfeito, é o quadro que sempre está à frente do pensamento geral, quando se refere a famílias paralelas. O preconceito, ainda que amenizado nos dias atuais, sem dúvida, ainda existe na roda social, o que também dificulta o seu reconhecimento na roda judicial'. 4. Havendo nos autos elementos suficientes ao reconhecimento da existência de união estável entre a apelante e o *de cujus*, o caso é de procedência do pedido formulado em ação declaratória. 5. Apelação cível provida" (TJMA, Recurso 19.048/2013, Acórdão 149.918/2014, Terceira Câmara Cível, Rel. Des. Jamil de Miranda Gedeon Neto, j. 10.07.2014, *DJEMA* 17.07.2014).

De fato, pela literalidade da norma, não há que se reconhecer o paralelismo entre casamento e união estável. Porém, a questão não é tão simples assim, merecendo duas pontuações.

A *primeira pontuação* que deve ser feita é que se a união paralela durar muitos anos, sendo de conhecimento do outro cônjuge, parece forçoso concluir que o último aceita o relacionamento paralelo. Sendo assim, pode o fato merecer um outro tratamento, principalmente quanto à divisão de bens, já que há aceitação da união, até por certo comodismo.

A *segunda pontuação* é que o cônjuge casado pode estar separado de fato da esposa, mesmo com ela residindo sob o mesmo teto. A separação de fato pode estar configurada pela quebra do afeto e da comunhão plena de vida descrita pelo art. 1.511 do CC. Ilustrando, tal quebra pode ser provada pela cessação das relações sexuais e pelo desaparecimento do tratamento das partes como se casados fossem em casos tais. Pode-se afirmar que, em casos tais, o casamento somente existe na aparência e não na essência. Tal conclusão abre a possibilidade de o concubino ser elevado à condição de companheiro, eis que o cônjuge casado de fato pode constituir união estável.[133]

Destaque-se que o tema do paralelismo entre o casamento e o concubinato foi tratado pelo Supremo Tribunal Federal em questão envolvendo o direito previdenciário. Um homem mantinha dois relacionamentos – um casamento e um concubinato –, e ambas as mulheres pleiteavam o benefício previdenciário com o seu falecimento. Em situação bem peculiar, o *de cujus* não era separado de fato da esposa, tendo com ela onze filhos. Com a concubina manteve relacionamento paralelo por 37 anos com a qual teve nove filhos. A conclusão da relatoria e da maioria dos Ministros foi pela existência de um concubinato e não de uma união estável, devendo o benefício previdenciário ser atribuído unicamente à esposa (STF, RE 397.762-8/BA, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 03.06.2008). Todavia, o Ministro Carlos Ayres Britto votou de forma divergente, concluindo que a concubina deveria ser tratada como companheira. Merece destaque o seguinte trecho do seu voto:

> "Com efeito, à luz do Direito Constitucional brasileiro o que importa é a formação em si de um novo e duradouro núcleo doméstico. A concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. Isto é família, pouco importando se um dos parceiros mantém uma concomitante relação sentimental *a-dois*. No que *andou bem* a nossa Lei Maior, ajuízo, pois ao Direito não é dado sentir ciúmes pela parte supostamente traída, sabido que esse órgão chamado coração '*é terra que ninguém nunca pisou*'. Ele, coração humano, a se integrar num contexto empírico da mais entranhada privacidade, perante a qual o Ordenamento Jurídico somente pode atuar como instância protetiva. Não censora ou por qualquer modo embaraçante (...) 17. No caso dos presentes autos, o acórdão de que se recorre tem lastro factual comprobatório da estabilidade da relação de companheirismo que mantinha a parte recorrida com o *de cujus*, então segurado da previdência social. Relação amorosa de que resultou filiação e que fez da companheira uma dependente econômica do seu então parceiro, de modo a atrair para a resolução deste litígio o § 3.º do art. 226 da Constituição Federal. Pelo que, também desconsiderando a relação de casamento civil que o então segurado mantinha com outra mulher, perfilho o entendimento da Corte Estadual para desprover, como efetivamente desprovejo, o excepcional apelo. O que faço com as vênias de estilo ao relator do feito, ministro Marco Aurélio".

De fato, o Ministro Ayres Britto, na situação descrita, parece ter razão. Certamente a esposa sabia do relacionamento paralelo, aceitando-o por anos a fio. Sendo assim, deve do mesmo modo aceitar a partilha dos direitos com a concubina, que deve ser tratada como companheira. Pode até ser

invocada a aplicação do princípio da boa-fé objetiva ao Direito de Família, notadamente da máxima que veda o comportamento contraditório (*venire contra factum proprium non potest*).

Outro problema envolve as *uniões estáveis plúrimas* ou *paralelas*, presente quando alguém vive vários relacionamentos que podem ser tidos como uniões estáveis ao mesmo tempo. Ilustrando, imagine-se a hipótese de um homem solteiro que tem quatro companheiras, em quatro cidades distintas no interior do Brasil, sem que uma saiba da existência da outra. Como resolver a questão? Três correntes doutrinárias podem ser encontradas a respeito da situação descrita:

> *1.ª Corrente* – Afirma que nenhum relacionamento constitui união estável, eis que a união deve ser exclusiva, aplicando-se o princípio da monogamia. Essa corrente é encabeçada por Maria Helena Diniz.[134] Para essa corrente, todos os relacionamentos descritos devem ser tratados como concubinatos.
>
> *2.ª Corrente* – O primeiro relacionamento existente deve ser tratado como união estável, enquanto que os demais devem ser reconhecidos como uniões estáveis putativas, havendo boa-fé do cônjuge. Em suma, aplica-se, por analogia, o art. 1.561 do CC, que trata do casamento putativo. Essa corrente é liderada por Euclides de Oliveira[135] e Rolf Madaleno.[136] A essa corrente se filia, inclusive em obra escrita com José Fernando Simão.[137] Anote-se que essa solução já foi dada pela jurisprudência estadual, em dois julgados que merece destaque (TJRJ, Acórdão 15225/2005, Rio de Janeiro, 2.ª Câmara Cível, Rel. Des. Leila Maria Carrilo Cavalcante Ribeiro Mariano, j. 10.08.2005 e TJRS, Processo 70008648768, 02.06.2004, 7.ª Câmara Cível, Rel. Juiz José Carlos Teixeira Giorgis, origem Lajeado).
>
> *3.ª Corrente* – Todos os relacionamentos constituem uniões estáveis, pela valorização do afeto que deve guiar o Direito de Família, corrente encabeçada por Maria Berenice Dias.[138]

Das três correntes, no âmbito da jurisprudência superior, o STJ tem aplicado a primeira, repudiando a ideia de *uniões plúrimas ou paralelas* (REsp 789.293/RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3.ª Turma, j. 16.02.2006, *DJ* 20.03.2006, p. 271). Os julgados aplicam o princípio da monogamia à união estável tese com a qual não se filia, pois as entidades familiares não são totalmente semelhantes. Ademais, o convivente de má-fé, que estabelece o paralelismo, acaba sendo beneficiado, já que não terá obrigações alimentares, pela ausência de vínculo familiar. Confirmando aquele julgado anterior, transcreve-se recente decisão publicada no *Informativo* n. *435* do STJ:

> "Família. Uniões estáveis simultâneas. Pensão. *In casu*, o *de cujus* foi casado com a recorrida e, ao separar-se consensualmente dela, iniciou um relacionamento afetivo com a recorrente, o qual durou de 1994 até o óbito dele em 2003. Sucede que, com a decretação do divórcio em 1999, a recorrida e o falecido voltaram a se relacionar, e esse novo relacionamento também durou até sua morte. Diante disso, as duas buscaram, mediante ação judicial, o reconhecimento de união estável, consequentemente, o direito à pensão do falecido. O juiz de primeiro grau, entendendo haver elementos inconfundíveis caracterizadores de união estável existente entre o *de cujus* e as demandantes, julgou ambos os pedidos procedentes, reconhecendo as uniões estáveis simultâneas e, por conseguinte, determinou o pagamento da pensão em favor de ambas, na proporção de 50% para cada uma. Na apelação interposta pela ora recorrente, a sentença foi mantida. Assim, a questão está em saber, sob a perspectiva do Direito de Família, se há viabilidade jurídica a amparar o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas. Nesta instância especial, ao apreciar o REsp, inicialmente se observou que a análise dos requisitos ínsitos à união estável deve centrar-se na conjunção de fatores presentes em cada hipótese, como a *affectio*

societatis familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a continuidade da união, a fidelidade, entre outros. Desse modo, entendeu-se que, no caso, a despeito do reconhecimento, na dicção do acórdão recorrido, da união estável entre o falecido e sua ex-mulher em concomitância com união estável preexistente por ele mantida com a recorrente, é certo que o casamento válido entre os ex-cônjuges já fora dissolvido pelo divórcio nos termos do art. 1.571, § 1.º, do CC/2002, rompendo-se, definitivamente, os laços matrimoniais outrora existentes. Destarte, a continuidade da relação sob a roupagem de união estável não se enquadra nos moldes da norma civil vigente (art. 1.724 do CC/2002), porquanto esse relacionamento encontra obstáculo intransponível no dever de lealdade a ser observado entre os companheiros. Ressaltou-se que uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade, que integra o conceito de lealdade, para o fim de inserir, no âmbito do Direito de Família, relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descurar do fato de que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade. Assinalou-se que, na espécie, a relação mantida entre o falecido e a recorrida (ex-esposa), despida dos requisitos caracterizadores da união estável, poderá ser reconhecida como sociedade de fato, caso deduzido pedido em processo diverso, para que o Poder Judiciário não deite em solo infértil relacionamentos que efetivamente existem no cenário dinâmico e fluido dessa nossa atual sociedade volátil. Assentou-se, também, que ignorar os desdobramentos familiares em suas infinitas incursões, em que núcleos afetivos justapõem-se, em relações paralelas, concomitantes e simultâneas, seria o mesmo que deixar de julgar com base na ausência de lei específica. Dessa forma, na hipótese de eventual interesse na partilha de bens deixados pelo falecido, deverá a recorrida fazer prova, em processo diverso, repita-se, de eventual esforço comum. Com essas considerações, entre outras, a Turma deu provimento ao recurso, para declarar o reconhecimento da união estável mantida entre o falecido e a recorrente e determinar, por conseguinte, o pagamento da pensão por morte em favor unicamente dela, companheira do falecido" (STJ, REsp 1.157.273-RN, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18.05.2010).

8.4.2 Efeitos pessoais e patrimoniais da união estável

Como primeiro efeito pessoal da união estável, o art. 1.724 do CC/2002 enuncia os seus deveres, a saber:

– Dever de lealdade.

– Dever de respeito ao outro companheiro, em sentido genérico.

– Dever de mútua assistência, moral, afetiva, patrimonial, sexual e espiritual.

– Dever de guarda, sustento e educação dos filhos.

Duas diferenças podem ser observadas, confrontando-se o dispositivo com o art. 1.566 do CC que trata dos deveres do casamento:

1.ª Diferença – O casamento exige expressamente a fidelidade; a união estável exige lealdade. Pelo *senso comum*, a lealdade engloba a fidelidade, mas não necessariamente. Isso demonstra que na união estável há uma liberdade maior aos companheiros do que no casamento, o que diferencia substancialmente os institutos, mormente se a conclusão for pela persistência do dever de fidelidade no último.

2.ª Diferença – O casamento exige expressamente vida em comum no domicílio conjugal; a união estável não, por não exigir convivência sob o mesmo teto, conforme a remota Súmula 382 do STF.

Sobre os direitos patrimoniais decorrentes da união estável, expressa o art. 1.725 do CC que "na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens". Três observações devem ser feitas sobre o comando legal transcrito:

1.ª Observação – O contrato mencionado pelo dispositivo é denominado pela doutrina como *contrato de convivência*.[139] Tal contrato pode reconhecer a união estável e pactuar quanto ao regime de bens, optando-se por outro regime que não seja o da comunhão parcial de bens. Todavia, o negócio celebrado não pode afastar a existência de uma união estável quando ela estiver configurada – o que muitas vezes é denominado como contrato de namoro. Em casos de dúvidas, prevalecem a situação fática e a vontade dos envolvidos, guiadas pela máxima *in dubio pro familia*. É possível elaborá-lo por escritura pública, a ser lavrada no Tabelionato de Notas; ou por instrumento particular, registrado ou não no Cartório de Títulos e Documentos.

2.ª Observação – Existem variações na interpretação da expressão *no que couber*. Para Álvaro Villaça Azevedo, criador da expressão, ela significa que a união estável institui verdadeiro condomínio entre os companheiros, conforme já previa o art. 5.º da Lei 9.278/1996.[140] Filia-se à corrente que afirma que tal expressão somente afasta a aplicação das regras incompatíveis da comunhão parcial de bens à união estável.[141] Ilustrando tal conclusão, não se aplica à união estável a exigência da outorga conjugal do art. 1.647 do CC. Some-se a isso o fato da norma ser restritiva da autonomia privada, não admitindo analogia. Todavia, consigne-se que o STJ já exigiu a *vênia convivencial*, pela suposta equiparação da união estável ao casamento (STJ, REsp 755.830/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, 2.ª Turma, j. 07.11.2006, *DJ* 01.12.2006, p. 291). Porém, mais recentemente, concluiu a mesma Corte Superior, na linha do defendido por este autor que, "ainda que a união estável esteja formalizada por meio de escritura pública, é válida a fiança prestada por um dos conviventes sem a autorização do outro. Isso porque o entendimento de que a 'fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia' (Súmula 332 do STJ), conquanto seja aplicável ao casamento, não tem aplicabilidade em relação à união estável. De fato, o casamento representa, por um lado, uma entidade familiar protegida pela CF e, por outro lado, um ato jurídico formal e solene do qual decorre uma relação jurídica com efeitos tipificados pelo ordenamento jurídico. A união estável, por sua vez, embora também represente uma entidade familiar amparada pela CF – uma vez que não há, sob o atual regime constitucional, famílias estigmatizadas como de 'segunda classe' –, difere-se do casamento no tocante à concepção deste como um ato jurídico formal e solene. Aliás, nunca se afirmou a completa e inexorável coincidência entre os institutos da união estável e do casamento, mas apenas a inexistência de predileção constitucional ou de superioridade familiar do casamento em relação a outra espécie de entidade familiar. Sendo assim, apenas o casamento (e não a união estável) representa ato jurídico cartorário e solene que gera presunção de publicidade do estado civil dos contratantes, atributo que parece ser a forma de assegurar a terceiros interessados ciência quanto a regime de bens, estatuto pessoal, patrimônio sucessório etc." (STJ, REsp 1.299.866/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25.02.2014).

3.ª Observação – O CC/2002 encerra polêmica anterior prevendo expressamente que o regime legal da união estável é o da comunhão parcial de bens. Assim, não se cogita mais a prova de eventual esforço comum para a comunicação de bens. Nesse sentido, o Enunciado n. 115 do CJF/STJ, da *I Jornada de Direito Civil*, pelo qual há presunção de comunhão de aquestos na constância da união mantida entre os companheiros, sendo desnecessária a prova do esforço comum para se comunicarem os bens adquiridos a título oneroso durante esse período.

O art. 1.726 do CC trata da conversão da união estável, exigindo uma ação judicial a ser proposta por ambos os cônjuges, *in verbis*: "A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil". A norma é criticável, por desobedecer ao mandamento constitucional de facilitar a citada conversão ao exigir a ação judicial.

Sintonizadas com o Texto Maior, há normas das corregedorias dos Tribunais de Justiça que dispensam a demanda, podendo o pedido de conversão ser requerido perante o Oficial do Registro Civil. Cite-se, por exemplo, Provimento 25/2005 do Tribunal de Justiça de São Paulo, atualizado pelo provimento 41/2012. Pode-se dizer que as últimas normas *desobedecem* ao Código Civil, mas obedecem à Constituição Federal de 1988, devendo prevalecer. Urge a alteração do dispositivo civil para o sentido de retirar a exigência de ação própria, o que consta do PL 699/2011 e do PL 470/2013 (Estatuto das Famílias).

No que concerne ao uso do nome do companheiro, a questão está regulamentada pelo art. 57 da Lei de Registros Públicos:

> "Art. 57. A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei.
>
> (...).
>
> § 2.º A mulher solteira, desquitada ou viúva, que viva com homem solteiro, desquitado ou viúvo, excepcionalmente e havendo motivo ponderável, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o patronímico de seu companheiro, sem prejuízo dos apelidos próprios, de família, desde que haja impedimento legal para o casamento, decorrente do estado civil de qualquer das partes ou de ambas.
>
> § 3.º O juiz competente somente processará o pedido, se tiver expressa concordância do companheiro, e se da vida em comum houverem decorrido, no mínimo, 5 (cinco) anos ou existirem filhos da união.
>
> § 4.º O pedido de averbação só terá curso, quando desquitado o companheiro, se a ex-esposa houver sido condenada ou tiver renunciado ao uso dos apelidos do marido, ainda que dele receba pensão alimentícia.
>
> § 5.º O aditamento regulado nesta Lei será cancelado a requerimento de uma das partes, ouvida a outra.
>
> § 6.º Tanto o aditamento quanto o cancelamento da averbação previstos neste artigo serão processados em segredo de justiça".

Exige dúvida sobre a aplicação atual desse comando, que apenas trata do direito da *companheira* utilizar o *sobrenome* do companheiro, em flagrante desrespeito à igualdade constitucional entre homens e mulheres (art. 5.º, I, da CF/1988). Para Flávio Augusto Monteiro de Barros, a norma ainda se aplica, por ter caráter especial, regulamentando questão de registro público.[142] Porém, filia-se à corrente da inconstitucionalidade da norma, que ainda traz o inconveniente de exigir um prazo mínimo para a união estável, mostrando total desatualização no atual sistema.[143] Seguindo o último caminho, devem ser aplicadas à união estável as mesmas regras de uso do nome pelo cônjuge (arts. 1.565, § 1.º, e 1.578 do CC).

Aplicando a última premissa, julgado publicado no *Informativo* n. *506* do STJ: "É possível a alteração de assento registral de nascimento para a inclusão do patronímico do companheiro na constância de uma união estável, em aplicação analógica do art. 1.565, § 1.º, do CC, desde que seja feita prova documental da relação por instrumento público e nela haja anuência do companheiro cujo

nome será adotado. O art. 57, § 2.º, da Lei 6.015/1973 outorgava, nas situações de concubinato, tão somente à mulher a possibilidade de averbação do patronímico do companheiro sem prejuízo dos apelidos próprios – entenda-se, sem a supressão de seu próprio sobrenome –, desde que houvesse impedimento legal para o casamento, não havendo específica regulação quanto à adoção de sobrenome pelo companheiro (união estável). A imprestabilidade desse dispositivo legal para balizar os pedidos de adoção de sobrenome dentro de uma união estável, situação completamente distinta daquela para a qual foi destinada a referida norma, reclama a aplicação analógica das disposições específicas do Código Civil relativas à adoção de sobrenome dentro do casamento, porquanto se mostra claro o elemento de identidade entre os institutos e a parelha *ratio legis* relativa à união estável com aquela que orientou o legislador na fixação dentro do casamento da possibilidade de acréscimo do sobrenome de um dos cônjuges ao do outro" (STJ, REsp 1.206.656/GO, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 16.10.2012).

Superado esse ponto, repise-se que o art. 1.694 do CC assegura os alimentos entre os companheiros, como já previam as leis anteriores da união estável. Conforme será estudado, são aplicadas à união estável as mesmas regras previstas do casamento no que toca à verba alimentar. Por fim, em relação ao direito sucessório, o Código Civil de 2002 traz norma específica no seu art. 1.790, que será objeto de estudo do próximo capítulo desta obra.

8.4.3 A união homoafetiva e o seu enquadramento como união estável

Tema que despertou um grande debate jurídico nos últimos anos é a união *homoafetiva* ou união entre pessoas do mesmo sexo. Destaque-se, de imediato, que o termo união *homoafetiva* é atribuído à Maria Berenice Dias, maior especialista brasileira no tema.

Pois bem, sobre o seu enquadramento jurídico sempre existiram duas correntes doutrinárias e jurisprudenciais bem definidas:

> *1.ª Corrente* – Sustenta que a união entre pessoas do mesmo sexo não constitui uma entidade familiar, mas mera sociedade de fato. Isso porque, para a união estável a Constituição Federal exige diversidade de sexos. Sendo assim, não há direito a alimentos, direitos sucessórios ou direito à meação patrimonial com base nas regras de regime de bens. A questão patrimonial é resolvida com base na Súmula 380 do STF, havendo direito a uma participação quanto aos bens adquiridos pelo esforço comum. Essa corrente prevaleceu por tempos na doutrina e na jurisprudência, sendo certo que a maioria dos julgados encontrados, por óbvio, ainda segue essa forma de enquadramento, pelo fato de serem ampla maioria no passado (por todos: STJ, REsp 502.995/RN, j. 26.04.2005, 4.ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJ* 16.05.2005, p. 353, *REVJUR* vol. 332, p. 113). *REVJUR* vol. 332, p. 113). Na doutrina, a ela continua filiada a Professora Maria Helena Diniz.[144] De toda sorte, alguns juristas que assim pensavam tendem a mudar de opinião. Cite-se o Sílvio de Salvo Venosa, que em artigo recentemente publicado sustenta que "a Constituição de 1988 protege expressamente a entidade familiar constituída pelo homem e a mulher. Tal não é mais, a nosso ver, um impedimento para o alargamento do conceito, quando o sistema social estiver pronto para significativa mudança. Destarte, enquanto não houver aceitação social majoritária dessas uniões, que se traduza em possibilidade legislativa, as repercussões serão majoritariamente patrimoniais, por analogia às sociedades de fato".[145] Cumpre

anotar que o Professor Álvaro Villaça Azevedo era filiado ao presente entendimento. Todavia, conforme apontado em palestras e exposições, o *jurista das Arcadas* mudou de posição, filiando-se agora a segunda corrente.

2.ª Corrente – Afirma expressamente que a união homoafetiva é entidade familiar que deve ser equiparada à união estável. Desse modo, há direito a alimentos, direitos sucessórios e direito à meação, aplicando-se, por analogia as mesmas regras da união estável. Essa corrente é encabeçada pela jurista Maria Berenice Dias, que utiliza os seguintes argumentos fundamentais para a sua tese: *a)* o rol constitucional de família constante do art. 226 da CF/1988 não é exaustivo ou taxativo, mas meramente exemplificativo, *b)* A CF/1988, pelo seu caráter pluralista, consagra uma *cláusula geral de inclusão* e não de exclusão; *c)* o princípio norteador da Constituição é a dignidade humana, primado na igualdade e na liberdade, o que leva ao reconhecimento de direitos ao cidadão sem qualquer discriminação ou preconceito; *d)* desrespeitar o ser humano em função de sua orientação sexual significa dar um tratamento indigno à pessoa; *e)* o direito à sexualidade constitui um direito fundamental do ser humano.[146] Essa corrente é claramente a tendência consolidada entre os estudiosos do Direito de Família, prevalecendo de forma esmagadora entre os juristas que compõem o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Do mesmo modo, da jurisprudência mais recente, podem ser destacados os seguintes julgados de reconhecimento familiar da união homoafetiva:

→ STJ, REsp 820475/RJ, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. p/ Acórdão Min. Luis Felipe Salomão, 4.ª Turma, j. 02.09.2008, *DJe* 06.10.2008. Por maioria de votos, o STJ concluiu, pela primeira vez, que a união homoafetiva deveria ser reconhecida como entidade familiar, aplicando-se, por analogia, as mesmas regras da união estável. A situação fática se referia a um pedido de permanência de um estrangeiro no Brasil baseado na existência da entidade familiar. O pedido foi julgado juridicamente impossível em primeira e segunda instâncias pelo Tribunal do Rio de Janeiro, pois proposta a demanda perante a Vara da Família. O Tribunal Superior reverteu o entendimento anterior, devolvendo o processo para julgado pela inferior instância.

→ STF, Petição 1.984/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 20.02.2003, p. 24, j. 10.02.2003. A decisão reconheceu direitos previdenciários ao *companheiro homoafetivo*, assim tratado no corpo da decisão. O STJ do mesmo modo tutela tais direitos (por todos: STJ, REsp 395.904/RS, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 6.ª Turma, j. 13.12.2005, *DJ* 06.02.2006, p. 365). Mais recentemente o STJ ampliou os direitos previdenciários decorrentes da união homoafetiva para a previdência privada, conforme decisão inédita publicada no seu *Informativo* n. *421*, de fevereiro de 2010 (REsp 1.026.981-RJ, 3.ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.02.2010).

→ STJ, REsp 889.852-RS, 4.ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 27.04.2010, publicado no seu *Informativo* n. *432*. Pela primeira vez o STJ admitiu a possibilidade da *adoção homoafetiva*, por casal de pessoas do mesmo sexo, com base no princípio do melhor ou maior interesse da criança. O julgado destaca que estudos científicos comprovam que não há prejuízos sociopsíquicos à criança em hipóteses tais. Ademais, entendeu-se que o que deve prevalecer na análise da adoção é o vínculo de afeto que une os adotantes ao adotado e não o vínculo entre os primeiros isoladamente. A decisão representa notável avanço inclusive, de tutela efetiva da cidadania dos homossexuais.

Como se pode perceber, houve uma evolução considerável a respeito do tema no Brasil.

Pois bem, na primeira edição desta obra, ressaltávamos que ainda faltava a consolidação definitiva e ampla do reconhecimento da união homoafetiva como família, o que poderia ocorrer por dois caminhos.

O *primeiro caminho* seria o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro. A demanda pretendia que todo o tratamento legislativo previsto para a união estável fosse aplicado analogicamente à união homoafetiva, na esteira da doutrina aqui exposta. A ação foi proposta

motivada pela interpretação discriminatória que o Tribunal do Rio de Janeiro vinha dando ao Decreto-lei 220/1975 não concedendo benefícios aos *companheiros homoafetivos* de servidores públicos. Na inicial da arguição foi alegada violação dos seguintes preceitos fundamentais: direito à igualdade (art. 5.º, *caput*), direito à liberdade (art. 5.º, II), dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III) e segurança jurídica (art. 5.º, *caput*). Houve parecer favorável da Advocacia-Geral da União para a procedência da arguição, assinado pelo hoje Ministro do STF José Antonio Dias Tofolli.

O *segundo caminho* seria o dos projetos legislativos. Entre todos, merecia destaque o PL 2.285/2007 (*Estatuto das Famílias do IBDFAM*), proposta pela qual a união homoafetiva passaria a ser disciplinada com equiparação à união estável nos seguintes termos: "Art. 68. É reconhecida como entidade familiar a união entre duas pessoas do mesmo sexo, que mantenham convivência pública, contínua, duradoura com o objetivo de constituição de família, aplicando-se, no que couber, as regras concernentes à união estável. Parágrafo único. Dentre os direitos assegurados incluem-se: I – guarda e convivência com os filhos; II – a adoção de filhos; III – direito previdenciário; IV – direito à herança". Adotar-se-ia, portanto, a tese de Maria Berenice Dias. Todavia, o referido projeto foi aprovado na Câmara dos Deputados, em dezembro de 2010, retirando-se a menção a tal reconhecimento. Entre outras razões, isso motivou uma nova proposição do Estatuto das Famílias, agora em trâmite no Senado Federal sob o número 470/2013. Como se nota, no plano legislativo, havia e ainda há fortes resistências ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar.

Como já prevíamos na primeira edição deste livro, a questão foi resolvida no plano do Poder Judiciário. No julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4.277/DF, em 5 de maio de 2011, o STF entendeu pela aplicação, por analogia, de todas as regras da união estável heteroafetiva para a união estável homoafetiva. Vejamos os principais trechos da esclarecedora publicação no *Informativo* n. *625* daquele Tribunal Superior, cuja leitura é fundamental e obrigatória.

> "Relação homoafetiva e entidade familiar – 1. A norma constante do art. 1.723 do Código Civil — CC ('É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família') não obsta que a união de pessoas do mesmo sexo possa ser reconhecida como entidade familiar apta a merecer proteção estatal. Essa a conclusão do Plenário ao julgar procedente pedido formulado em duas ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas, respectivamente, pelo Procurador-Geral da República e pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro. Preliminarmente, conheceu-se de arguição de preceito fundamental — ADPF, proposta pelo segundo requerente, como ação direta, tendo em vista a convergência de objetos entre ambas as ações, de forma que as postulações deduzidas naquela estariam inseridas nesta, a qual possui regime jurídico mais amplo. Ademais, na ADPF existiria pleito subsidiário nesse sentido. Em seguida, declarou-se o prejuízo de pretensão originariamente formulada na ADPF consistente no uso da técnica da interpretação conforme a Constituição relativamente aos artigos 19, II e V, e 33 do Estatuto dos Servidores Públicos Civis da aludida unidade federativa (Decreto-lei 220/75). Consignou-se que, desde 2007, a legislação fluminense (Lei 5.034/2007, art. 1.º) conferira aos companheiros homoafetivos o reconhecimento jurídico de sua união. (...). No mérito, prevaleceu o voto proferido pelo Min. Ayres Britto, relator, que dava interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do CC para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. Asseverou que esse reconhecimento deveria ser feito segundo as mesmas regras e

com idênticas consequências da união estável heteroafetiva. De início, enfatizou que a Constituição proibiria, de modo expresso, o preconceito em razão do sexo ou da natural diferença entre a mulher e o homem. Além disso, apontou que fatores acidentais ou fortuitos, a exemplo da origem social, idade, cor da pele e outros, não se caracterizariam como causas de merecimento ou de desmerecimento intrínseco de quem quer que fosse. Assim, observou que isso também ocorreria quanto à possibilidade da concreta utilização da sexualidade. Afirmou, nessa perspectiva, haver um direito constitucional líquido e certo à isonomia entre homem e mulher: a) de não sofrer discriminação pelo fato em si da contraposta conformação anátomo-fisiológica; b) de fazer ou deixar de fazer uso da respectiva sexualidade; e c) de, nas situações de uso emparceirado da sexualidade, fazê-lo com pessoas adultas do mesmo sexo, ou não. (...). Em passo seguinte, assinalou que, no tocante ao tema do emprego da sexualidade humana, haveria liberdade do mais largo espectro ante silêncio intencional da Constituição. Apontou que essa total ausência de previsão normativo-constitucional referente à fruição da preferência sexual, em primeiro lugar, possibilitaria a incidência da regra de que 'tudo aquilo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido'. Em segundo lugar, o emprego da sexualidade humana diria respeito à intimidade e à vida privada, as quais seriam direito da personalidade e, por último, dever-se-ia considerar a âncora normativa do § 1.º do art. 5.º da CF/1988. Destacou, outrossim, que essa liberdade para dispor da própria sexualidade inserir-se-ia no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, sendo direta emanação do princípio da dignidade da pessoa humana e até mesmo cláusula pétrea. Frisou que esse direito de exploração dos potenciais da própria sexualidade seria exercitável tanto no plano da intimidade (absenteísmo sexual e onanismo) quanto da privacidade (intercurso sexual). Asseverou, de outro lado, que o século XXI já se marcaria pela preponderância da afetividade sobre a biologicidade. Ao levar em conta todos esses aspectos, indagou se a Constituição sonegaria aos parceiros homoafetivos, em estado de prolongada ou estabilizada união – realidade há muito constatada empiricamente no plano dos fatos –, o mesmo regime jurídico protetivo conferido aos casais heteroafetivos em idêntica situação (...). Após mencionar que a família deveria servir de norte interpretativo para as figuras jurídicas do casamento civil, da união estável, do planejamento familiar e da adoção, o relator registrou que a diretriz da formação dessa instituição seria o não atrelamento a casais heteroafetivos ou a qualquer formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Realçou que família seria, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada, o que a credenciaria como base da sociedade (CF/1988, art. 226, caput). Desse modo, anotou que se deveria extrair do sistema a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganharia plenitude de sentido se desembocasse no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família, constituída, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade (CF/1988, art. 226, § 3.º: 'Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento'). Mencionou, ainda, as espécies de família constitucionalmente previstas (art. 226, §§ 1.º a 4.º), a saber, a constituída pelo casamento e pela união estável, bem como a monoparental. Arrematou que a solução apresentada daria concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da proteção das minorias, da não discriminação e outros" (...) (STF, ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ, rel. Min. Ayres Britto, j. 04 e 05.05.2011).

Como a decisão tem efeito vinculante e *erga omnes*, não se pode admitir outra forma de interpretação que não seja o enquadramento da união homoafetiva como família, com a incidência dos mesmos dispositivos legais relativos à união estável, aqui estudados. Nesse contexto, podem ser destacadas as seguintes aplicações legais para a união homoafetiva, sem qualquer ressalva:

- Art. 1.723 do CC – A união homoafetiva deverá ser reconhecida quando se tratar de uma união pública, contínua e duradoura, estabelecida com objetivo de constituição de família. A menção à distinção de sexos do comando deve ser afastada, como consta da decisão do Supremo Tribunal Federal. Valem os mesmos parâmetros e exemplos apontados na presente obra, quando do estudo da união estável heterossexual.
- Art. 1.724 do CC – Os deveres da união estável entre pessoas de sexos distintos servem para a união homoafetiva: lealdade,

respeito, assistência, guarda, sustento e educação dos filhos. Como há deveres em relação aos filhos, não há qualquer vedação para a adoção homoafetiva.

– Art. 1.725 do CC – A união homoafetiva, em regra, está submetida ao regime da comunhão parcial de bens, não havendo necessidade de prova do esforço comum para a aquisição dos bens havidos durante a união. Os companheiros homoafetivos podem estabelecer, por força de contrato de convivência, um outro regime para a comunicação dos bens. É plenamente viável juridicamente que os companheiros homoafetivos reconheçam a união por meio de uma escritura pública de união estável.

– Art. 1.726 do CC – É possível converter em casamento uma união homoafetiva, nos mesmos moldes da união estável entre pessoas de sexos distintos. Se isso é possível, pensamos que não há vedação para que o casamento homoafetivo seja celebrado diretamente. Nesse sentido, vejamos o enunciado aprovado na *V Jornada de Direito Civil, em 2011*: "É possível a conversão de união estável entre pessoas do mesmo sexo em casamento, observados os requisitos exigidos para a respectiva habilitação" (Enunciado n. 526).

– Art. 1.727 do CC – Aplicam-se os mesmos parâmetros para a diferenciação da união estável e o concubinato, com a ressalva do § 1.º do art. 1.723, já estudados.

– Art. 1.694 a 1.710 do CC – Os companheiros homoafetivos podem pleitear alimentos uns dos outros, incidindo os mesmos preceitos previstos para a união estável heterossexual.

– Art. 1.790 do CC – O dispositivo básico relativo à sucessão do companheiro tem plena incidência para a união homoafetiva, sem prejuízo de outros comandos e interpretações relativas à sucessão legítima (ex: reconhecimento do direito real de habitação).

Além dos preceitos destacados, todas as menções doutrinárias feitas em relação a companheiros ou conviventes devem incluir, sem qualquer ressalva, os conviventes homoafetivos. Consigne-se a competência da Vara da Família para apreciar as questões pessoais e patrimoniais relativas à união homoafetiva, na esteira de enunciado aprovado na *V Jornada de Direito Civil:* "As demandas envolvendo união estável entre pessoas do mesmo sexo constituem matéria de Direito de Família" (Enunciado n. 524). Na mesma linha, julgado de 2013 do Superior Tribunal de Justiça, assim publicado: "a competência para processar e julgar ação destinada ao reconhecimento de união estável homoafetiva é da Vara de Família. A legislação atinente às relações estáveis heteroafetivas deve ser aplicada, por analogia, às relações estáveis homoafetivas, porquanto o STF, no julgamento da ADI 4.277/DF (*DJe* 5/5/2011), promoveu a *plena equiparação* das uniões estáveis homoafetivas às uniões estáveis heteroafetivas, sobretudo no que se refere à caracterização da relação estável homoafetiva como legítimo modelo de entidade familiar. Nesse contexto, o STJ concluiu pela aplicação imediata do arcabouço normativo imposto às uniões heteroafetivas (portanto dos respectivos direitos conferidos a elas) às uniões entre pessoas do mesmo sexo, razão pela qual a competência para a demanda deve ser da vara de família e não da vara cível. Precedente citado: REsp 827.962-RS, Quarta Turma, *DJe* 8/8/2011" (STJ, REsp 964.489/RS, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 12.03.2013, publicado no seu *Informativo* n. *519*).

Como se constata, o debate a respeito do tema parece ter sido encerrado no Brasil, concretizando-se plenamente a proteção familiar da união homoafetiva. Por bem, adotou-se a premissa da inclusão, como manda o Texto Maior, afastando-se preconceitos e discriminações. A

tutela da dignidade humana e o bom senso venceram.

Por fim, cabe esclarecer que ao presente autor não parece que o Supremo Tribunal Federal tenha rompido suas esferas de atuação. Muito ao contrário, fez o Tribunal Constitucional o seu papel democrático, servindo, mais uma vez, como um contrapeso à inércia conservadora do Congresso Nacional Brasileiro.

8.5 RELAÇÕES DE PARENTESCO

8.5.1 Conceito, modalidades e disposições gerais (arts. 1.591 a 1.595 do CC)

O parentesco pode ser conceituado como sendo o vínculo jurídico estabelecido entre pessoas que têm mesma origem biológica (mesmo *tronco comum*); entre um cônjuge ou companheiro e os parentes do outro; e entre as pessoas que têm entre si um vínculo civil. Portanto, três são as modalidades de parentesco admitidas pelo Direito Civil Brasileiro:

- *Parentesco consanguíneo ou natural* – aquele existente entre pessoas que mantêm entre si um vínculo biológico ou *de sangue*, por terem origem no mesmo *tronco comum.*
- *Parentesco por afinidade* – existente entre um cônjuge ou companheiro e os parentes do outro cônjuge ou companheiro. Deve ser atentado o fato de que marido e mulher e companheiros – inclusive homoafetivos –, não são parentes entre si, havendo outro tipo de vínculo, decorrente da conjugalidade ou da convivência. Como novidade, o CC/2002 reconhece o parentesco de afinidade decorrente da união estável (art. 1.595 do CC). O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro (art. 1.595, § 1.º). Desse modo, há parentesco por afinidade na linha reta ascendente em relação ao sogro, à sogra e seus ascendentes até o infinito. Na linha reta descendente, em relação ao enteado e à enteada e assim sucessivamente até o infinito. Na linha colateral, entre cunhados. Na linha reta, até o infinito, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável, havendo um *vínculo perpétuo* (art. 1.595, § 2.º, do CC). Nessas últimas relações há impedimento matrimonial, como visto (art. 1.521, II, do CC).
- *Parentesco civil* – aquele decorrente de *outra origem*, que não seja a consanguinidade ou a afinidade, conforme consta do art. 1.593 do CC. Tradicionalmente, tem origem na adoção. Todavia, a doutrina e a jurisprudência admitem duas outras formas de parentesco civil. A *primeira* é decorrente da técnica de reprodução heteróloga, aquela efetivada com material genético de terceiro. A *segunda* tem fundamento na parentalidade socioafetiva, na posse de estado de filhos e no vínculo social de afeto. Nesse sentido, o Enunciado n. 103 do CJF/STJ, da *I Jornada de Direito Civil*: "o Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho". Em complemento, o Enunciado n. 256 do CJF/STJ, da *III Jornada de Direito Civil*: "A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil". Na *V Jornada de Direito Civil*, de 2011, aprovou-se o seguinte enunciado sobre o tema: "O reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude de socioafetividade deve ocorrer a partir da relação entre pai (s) e filho (s), com base na posse do estado de filho, para que produza efeitos pessoais e patrimoniais" (Enunciado n. 519). *De lege ferenda*, anote-se que o PL 470/2013 (Estatuto das Famílias do IBDFAM) pretende incluir expressamente na ordem legal brasileira a previsão de que o parentesco resulta da consanguinidade, da socioafetividade ou da afinidade.

Superada essa visão panorâmica, é preciso estudar as regras de contagem de graus de parentesco consanguíneo ou natural, o que é fundamental tanto para o Direito de Família quanto para o Direito das Sucessões, objeto do próximo capítulo da obra.

De início, destaque-se que o parentesco consanguíneo pode ser *na linha reta* ou *na linha colateral* (*ou transversal*).

Enuncia o art. 1.591 do CC que "são parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes." O parentesco na linha reta é contado de forma bem simples, na medida em que se sobe (linha reta ascendente) ou se desce (linha reta descendente) na *escada parental*, tem-se um grau de parentesco (art. 1.594 do CC: "Contam-se, na linha reta, os graus de parentesco pelo número de gerações").

Para facilitar a visualização da matéria é sempre interessante pensar em si mesmo – denominado, para fins didáticos, como *eu* –, nas relações que se mantém com os componentes da própria família. Vejamos, na linha reta ascendente:

- O parentesco entre *eu* e meu pai é de primeiro grau na linha reta ascendente.
- O parentesco entre *eu* e meu avô é de segundo grau na linha reta ascendente.
- O parentesco entre *eu* e meu bisavô é de terceiro grau na linha reta ascendente.
- E assim sucessivamente até o infinito...

Na linha reta descendente:

- O parentesco entre *eu* e meu filho é de primeiro grau na linha reta descendente.
- O parentesco entre eu e meu neto é de segundo grau na linha reta descendente.
- O parentesco entre *eu* e meu bisneto é de terceiro grau na linha reta descendente.
- E assim sucessivamente até o infinito...

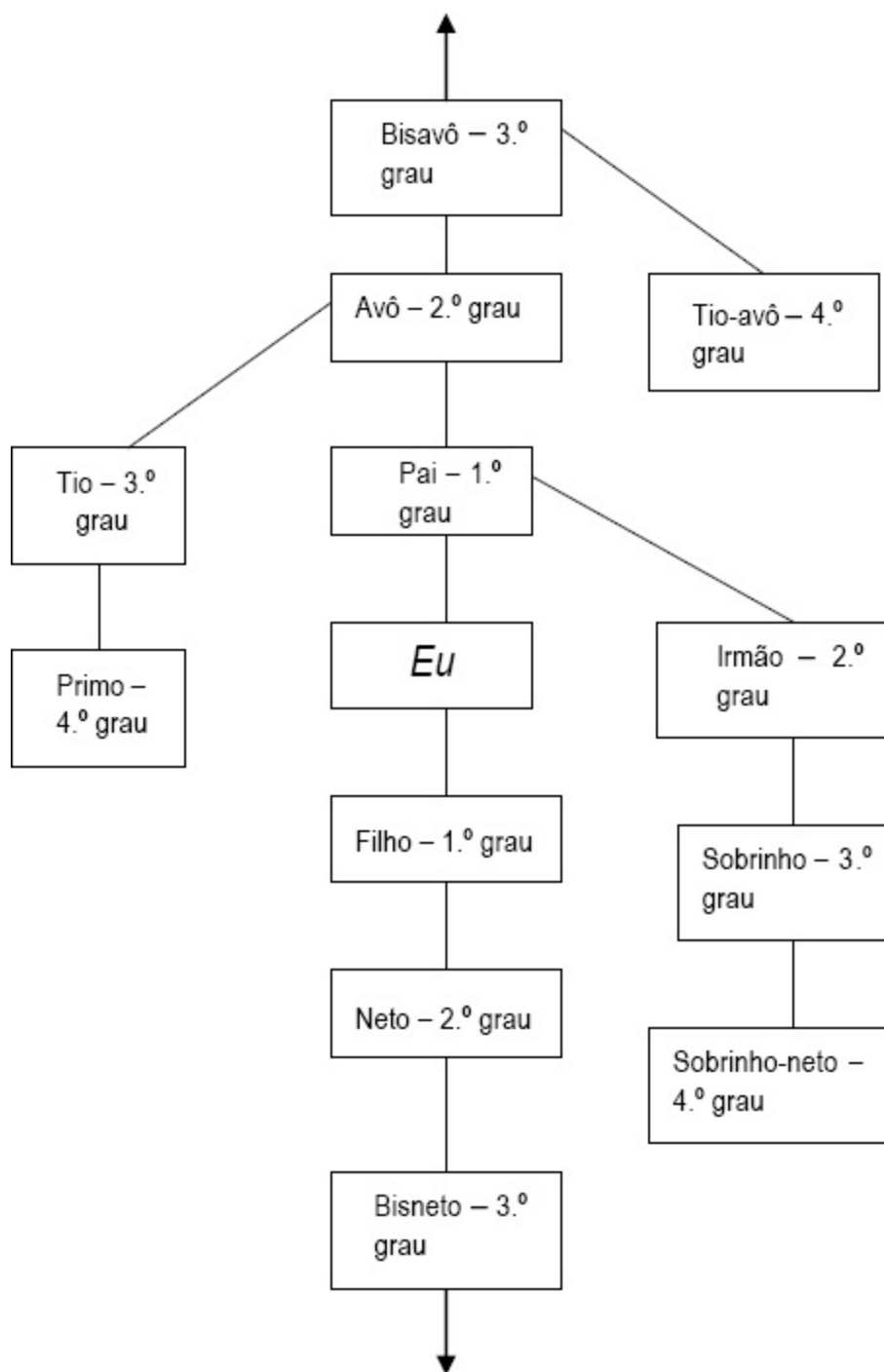
Como se pode perceber, nesse plano, a matéria é bem fácil, não havendo maiores dificuldades, que eventualmente podem estar presentes na contagem do parentesco colateral ou transversal. Preconiza o art. 1.592 do CC que: "São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra". A inovação desse dispositivo está na redução do limite do parentesco colateral que pelo CC/1916 era de sexto grau (art. 331). Pode ser feita a crítica de que o atual Código Civil restringiu as relações familiares, quando a tendência é justamente a oposta.

Para a devida contagem, enuncia a segunda parte do art. 1.594 do CC que se conta o número de graus de acordo com o número de gerações, subindo de um dos parentes até o ascendente comum, e

descendo até encontrar o outro parente. Atente-se que a premissa fundamental é a seguinte: *deve-se subir* ao máximo, *até o parente comum, para depois descer e encontrar o parente procurado*. Em complemento, o parentesco colateral pode ser *igual* ou *desigual*. Será igual se a medida da subida for igual a da descida; será desigual em caso contrário. Vejamos, utilizando o *mim* como parâmetro:

- O parentesco entre *mim* e meu irmão é colateral de segundo grau igual. Sobe-se um até o pai e desce-se um até encontrar o irmão. Os irmãos podem ser bilaterais (mesmo pai *e* mesma mãe) ou unilaterais (mesmo pai *ou* mesma mãe). Sendo o pai o mesmo os irmãos são *unilaterais consanguíneos*; sendo mesma a mãe os irmãos são *unilaterais uterinos*.
- O parentesco entre *mim* e meu sobrinho é colateral de terceiro grau desigual. Sobe-se um até o pai, desce-se um até o irmão e mais um até encontrar o sobrinho.
- O parentesco entre *mim* e meu sobrinho-neto é colateral de quarto grau desigual. Sobe-se um até o pai, desce-se um até o irmão, mais um até o sobrinho e mais um até encontrar o sobrinho-neto.
- O parentesco entre *mim* e meu tio é colateral de terceiro grau desigual. Sobe-se um até o pai e mais um até o avô. Depois, desce-se um até encontrar o tio. Deve-se ter cuidado, pois o erro mais comum é subir apenas até o pai em casos tais. Ledo engano, pois o parente comum é o avô.
- O parentesco entre *mim* e meu primo é colateral de quarto grau igual. Sobe-se um até o pai e mais um até o avô. Depois, desce-se um até o tio e mais um até o primo. Esse é o chamado coloquialmente *de primeiro grau*, que na verdade é colateral de quarto grau.
- Por fim, o parentesco entre *mim* e meu tio-avô é colateral de quarto grau desigual. Lembre-se que o tio-avô é o irmão do avô. Sobe-se um até o pai, um até o avô e mais um até o bisavô (parente comum). Em seguida, desce-se um até o tio-avô.

Como se pode notar, o mínimo parentesco colateral é de segundo grau, diante da regra de *subir ao máximo*, até o tronco comum, para depois descer e encontrar o outro parente. Em suma, *não há, portanto, parentesco colateral de primeiro grau*.

Por derradeiro, esquematizando para facilitar, todas as relações mencionadas constam do gráfico a seguir. Anote-se que na linha reta estão expostos apenas os parentes até o terceiro grau, sendo certo que *nessa linha não há qualquer limite*. Ademais, constam apenas os parentes colaterais admitidos pelo Direito Civil Brasileiro, ou seja, até o quarto grau. Mais uma vez, para que o trabalho didático fique facilitado, estão demonstrados apenas alguns parentes da linha masculina:

8.5.2 Filiação (arts. 1.596 a 1.606 do CC)

A filiação é a relação jurídica existente entre ascendentes e descendentes de primeiro grau, ou seja, entre pais e filhos. Tal relação é regida pelo princípio da igualdade entre os filhos (art. 227, § 6.º, da CF/1988, e art. 1.596 do CC).

O art. 1.597 do CC consagra as antigas presunções de paternidade decorrentes do casamento (*pater is est quem nuptiae demonstrant*), ao lado de novas presunções relacionadas a técnicas de reprodução assistida. Pela exatidão da norma, presumem-se concebidos na constância do casamento:

I – *Os filhos nascidos 180 dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal.* A presunção leva em conta o início do casamento, constituindo uma presunção relativa ou *iuris tantum*, que admite prova em contrário,

principalmente pelo exame de DNA. Tal meio de prova, que traz certeza quase absoluta do vínculo parental, fez com que as antigas presunções de paternidade se desatualizassem, prevalecendo nos casos de dúvidas concretas e práticas quanto à filiação.

II – *Os filhos nascidos nos 300 dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento*. Anote-se que não há mais a *separação judicial*, podendo o termo ser substituído por *divórcio*, eis que não há mais prazos para este. A presunção relativa ou *iuris tantum* leva em conta o fim do vínculo entre os pais. Mais uma vez, a presunção perdeu força pela prova via DNA. Complementando a norma, prevê o confuso art. 1.598 do CC que, salvo prova em contrário, se, antes de decorrido o prazo previsto no inc. II do art. 1.523 (dez meses depois da dissolução da conjugalidade anterior), a mulher contrair novas núpcias e lhe nascer algum filho, duas regras são aplicadas: 1.º) Haverá presunção de que o filho é do primeiro marido, se nascer dentro dos 300 dias a contar do falecimento deste primeiro marido; 2.º) Haverá presunção de que o filho é do segundo marido se o nascimento ocorrer após esses 300 dias da dissolução da primeira união e já decorrido o prazo de 180 dias do início do segundo casamento. Tais confusas premissas geram presunções relativas que admitem prova em contrário, via DNA. Por isso, duvida-se de sua real aplicação prática.

III – *Os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido*. A técnica de reprodução assistida homóloga é aquela que envolve material genético dos próprios cônjuges. Há quem entenda que a parte final do dispositivo ao utilizar a locução “mesmo que falecido o marido” é inconstitucional, por violar o princípio da paternidade responsável retirado do art. 226, § 7.º, do Texto Maior.[147] Nessa linha de pensamento, pelo Enunciado n. 127 do CJF/STJ, da *I Jornada de Direito Civil*, há proposta de alterar o inc. III do art. 1.597 para constar “havidos por fecundação artificial homóloga”, retirando-se menção ao falecimento do marido. A questão é muito polêmica, pois do outro lado coloca-se o direito da mãe de ter e cuidar do filho sozinha, de seu marido já falecido. Em complemento, o Enunciado n. 106 do CJF/STJ determina que, “para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que utilize seu material genético após sua morte”. Anote-se que a Resolução 1.957, de 15 de dezembro de 2010, do Conselho Federal de Medicina, já admitia a técnica em caso de falecimento, desde que houvesse prévia autorização do falecido. Em maio de 2013, a citada norma foi revogada pela Resolução n. 2.013, que estabelece a mesma premissa.

IV – *Os filhos havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga*. Esses embriões são os decorrentes da manipulação genética, mas que não foram introduzidos no ventre materno, estando *crioconservados* em clínicas de reprodução assistida. A fecundação, em casos tais, ocorre *in vitro*, na proveta, por meio da técnica ZIFT, ou seja, a fecundação ocorre fora do corpo da mulher. Há ainda a técnica GIFT, que não é o caso, em que o gameta masculino é introduzido artificialmente no corpo da mulher, onde ocorre a fecundação.[148]

V – *Os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido*. Trata-se da técnica de reprodução assistida efetivada com material genético de terceiro, geralmente sêmen doado por outro homem.

Várias questões controvertidas práticas envolvendo o biodireito surgem em decorrência dos últimos três incisos do art. 1.597 do CC. Vejamos as principais, nos tópicos a seguir:

→ Conforme a melhor doutrina, as presunções dos incs. III, IV e V do art. 1.597 devem ser aplicadas à união estável.[149] Consolidando tal forma de pensar, na VI Jornada de Direito Civil foi aprovado o Enunciado n. 570, in verbis: “O reconhecimento de filho havido em união estável fruto de técnica de reprodução assistida heteróloga ‘a patre’ consentida expressamente pelo companheiro representa a formalização do vínculo jurídico de paternidade-filiação, cuja constituição se deu no momento do início da gravidez da companheira”. Em complemento, o STJ já concluiu que os incisos anteriores do art. 1.597 também se aplicam à união estável, deduzindo que “a presunção de concepção dos filhos na constância do casamento

prevista no art. 1.597, II, do CC se estende à união estável. Para a identificação da união estável como entidade familiar, exige-se a convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família com atenção aos deveres de lealdade, respeito, assistência, de guarda, sustento e educação dos filhos em comum. O art. 1.597, II, do CC dispõe que os filhos nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal presumem-se concebidos na constância do casamento. Assim, admitida pelo ordenamento jurídico pátrio (art. 1.723 do CC), inclusive pela CF (art. 226, § 3.º), a união estável e reconhecendo-se nela a existência de entidade familiar, aplicam-se as disposições contidas no art. 1.597, II, do CC ao regime de união estável" (STJ, REsp 1.194.059/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 06.11.2012, publicado no seu *Informativo* n. *508*). Essa realmente parece ser a melhor conclusão. *Primeiro*, porque não há vedação de aplicação da norma por analogia, pois não se trata de norma restritiva da autonomia privada. *Segundo*, a união estável é entidade familiar protegida no Texto Maior, o que deve abranger os filhos havidos dessa união. Nesse sentido, o PL 470/2013 – PL 2.285/2007 – pretende introduzir previsão expressa a respeito da presunção na relação convivencial. Consigne-se que a recente Resolução 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina consagra a possibilidade de companheiros, inclusive homoafetivos, fazerem uso de tais técnicas.

→ A doutrina sempre debateu a possibilidade jurídica da técnica de reprodução assistida heteróloga em casos de união homoafetiva. Seguindo o entendimento de que a união homoafetiva não é entidade familiar, a resposta seria negativa, conforme opina Maria Helena Diniz, que lidera tal corrente.[150] Em sentido contrário, Maria Berenice Dias sempre entendeu que isso não só é viável como vem efetivamente ocorrendo na prática.[151] O último entendimento segue a linha de pensamento de que a união homoafetiva constitui uma entidade familiar, o que está concretizado no Direito de Família brasileiro desde 5 de maio de 2011, com a decisão do Supremo Tribunal Federal nas ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF. Anote-se que a interpretação da Resolução CFM 1.957/2010 já conduzia a tal possibilidade, pois mencionava que qualquer pessoa capaz poderia fazer uso da técnica de reprodução assistida. A recente Resolução 2.013/2013 do CFM, que revogou essa resolução anterior, afastou qualquer dúvida quanto a essa viabilidade, enunciando expressamente que "é permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito da objeção de consciência do médico". Confirmando tais premissas, no âmbito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pode ser encontrado aresto que admitiu a adoção unilateral por companheira homoafetiva de mulher que havia se submetido a reprodução assistida heteróloga. Nos termos da publicação do acórdão, "a adoção unilateral prevista no art. 41, § 1.º, do ECA pode ser concedida à companheira da mãe biológica da adotanda, para que ambas as companheiras passem a ostentar a condição de mães, na hipótese em que a menor tenha sido fruto de inseminação artificial heteróloga, com doador desconhecido, previamente planejada pelo casal no âmbito de união estável homoafetiva, presente, ademais, a anuência da mãe biológica, desde que inexista prejuízo para a adotanda. O STF decidiu ser plena a equiparação das uniões estáveis homoafetivas às uniões estáveis heteroafetivas, o que trouxe, como consequência, a extensão automática das prerrogativas já outorgadas aos companheiros da união estável tradicional àqueles que vivenciem uma união estável homoafetiva. Assim, se a adoção unilateral de menor é possível ao extrato heterossexual da população, também o é à fração homossexual da sociedade. Deve-se advertir, contudo, que o pedido de adoção se submete à norma-princípio fixada no art. 43 do ECA, segundo a qual 'a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando'. Nesse contexto, estudos feitos no âmbito da Psicologia afirmam que pesquisas têm demonstrado que os filhos de pais ou mães homossexuais não apresentam comprometimento e problemas em seu desenvolvimento psicossocial quando comparados com filhos de pais e mães heterossexuais. Dessa forma, a referida adoção somente se mostra possível no caso de inexistir prejuízo para a adotanda" (STJ, REsp 1.281.093/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18.12.2012, publicado no seu *Informativo* n. *513*).

→ Em relação à técnica de reprodução assistida heteróloga, não caberá revogação da autorização por parte do marido ou companheiro após o emprego da técnica. Quatro são os argumentos jurídicos principais para tal conclusão: 1.º) Aplicação do princípio da igualdade entre filhos, o que atinge aqueles decorrentes da técnica de reprodução assistida (art. 227, § 6.º, da CF/1988 e art. 1.596 do CC); 2.º) Incidência do princípio do melhor interesse da criança (art. 227, *caput*, da CF/1988); 3.º) Havendo emprego da técnica a presunção passa a ser absoluta ou *iure et de iure*, conforme o Enunciado n. 258 do CJF/STJ ("não cabe a ação prevista no art. 1.601 do Código Civil se a filiação tiver origem em procriação assistida heteróloga, autorizada pelo marido nos termos do inc. V do art. 1.597, cuja paternidade configura presunção absoluta"); 4.º) Aplicação da máxima que veda o comportamento contraditório, relacionada à boa-fé objetiva, em proteção ao filho (*venire contra factum proprium*).

→ Nas hipóteses de técnica de reprodução assistida heteróloga, prevalece o entendimento de impossibilidade de quebra de sigilo do doador do material genético, mesmo nos casos de desamparo do filho. Nesse sentido, o Enunciado n. 111 do CJF/STJ, da *I Jornada de Direito Civil*, que prevê o fundamento para tal conclusão: "A adoção e a reprodução assistida heteróloga atribuem a condição de filho ao adotado e à criança resultante de técnica conceptiva heteróloga; porém, enquanto na adoção haverá o desligamento dos vínculos entre o adotado e seus parentes consanguíneos, na reprodução assistida heteróloga sequer será estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante". Assim, não cabe eventual ação de investigação de paternidade contra o doador, inclusive para se pleitear alimentos ou direitos sucessórios do último. Anote-se que a Resolução 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina do mesmo modo protege o sigilo do doador. Todavia, a questão está longe de ser pacífica. Em sentido contrário, destaque-se trabalho da Defensora Pública do Estado do Rio Grande do Sul Fernanda de Souza Moreira que, a partir do emprego da técnica de ponderação, conclui pela prevalência dos interesses dos filhos sobre o sigilo do doador do sêmen.[152]

→ Sobre a questão da *gestação de substituição*, algumas ponderações devem ser feitas. De início, conforme o Enunciado n. 257 do CJF/STJ, da *III Jornada de Direito Civil*, as presunções constantes do art. 1.597, III, IV e V, do CC, devem ser interpretadas restritivamente, não abrangendo a utilização de óvulos doados e a gestação de substituição. *De lege ferenda*, o Enunciado n. 129 do CJF/STJ faz proposição para inclusão de um dispositivo, nos seguintes termos: "Art. 1.597-A. A maternidade será presumida pela gestação. Parágrafo único. Nos casos de utilização das técnicas de reprodução assistida, a maternidade será estabelecida em favor daquela que forneceu o material genético, ou que, tendo planejado a gestação, valeu-se da técnica de reprodução assistida heteróloga". Pela vigente Resolução 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina admite-se no Brasil a gestação de substituição, somente a título gratuito. Assim, pode-se dizer, com tom didático, que não há uma *barriga de aluguel*, como se afirma nos meios populares; mas um *comodato de barriga* (empréstimo). Ainda nos termos da citada resolução médica, o empréstimo ou a doação temporária de útero apenas é admitido no âmbito familiar, em um parentesco até o quarto grau. Houve uma ampliação do parentesco, que antes era até o segundo grau, por força da revogada Resolução 1.957/2010 do CFM. Enuncia a resolução vigente que "as doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros num parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima), em todos os casos respeitada a idade limite de até 50 anos". O limite de idade também é uma inovação, para evitar problemas de saúde à mulher e à prole. A doadora do material genético é a *genetrix;* enquanto que a mulher que gera é a *gestatrix*.[153] Na linha do Enunciado n. 129 do CJF/STJ, que representa o entendimento da doutrina majoritária, deve-se concluir que a mãe será aquela que forneceu o material genético (*genetrix*). Discutia-se no Brasil a possibilidade de mulheres que não são parentes fazerem uso da gestação de substituição. Debatia-se, nesse contexto, se duas companheiras homoafetivas poderiam se submeter à técnica, cumulada com a inseminação heteróloga, utilizando material genético de terceiro. A tese da admissão acabou se concretizando com a citada decisão do STF de reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar equiparada à união estável (*Informativo* n. *625* do STF). Repise-se que do mesmo modo dispõe expressamente a Resolução 2.013/2013 do CFM.

Superados esses pontos polêmicos, ato contínuo de análise, enuncia o art. 1.599 do CC que a prova de impotência do marido *para gerar*, à época da concepção, afasta a presunção de paternidade. O dispositivo traz exceção à presunção de paternidade e deve ser aplicado apenas à impotência *generandi*, conforme expressamente previsto.[154] Todavia, a conclusão não é pacífica, pois há quem entenda que a regra do mesmo modo subsume-se à impotência instrumental (*coeundi*), aquela para o ato sexual.[155] Filia-se à primeira corrente, até porque pelos avanços médicos e farmacêuticos a impotência sexual instrumental vem se transformando em um mito.

Causa perplexidade a norma do art. 1.600 do CC, *in verbis* "Não basta o adultério da mulher, ainda que confessado, para ilidir a presunção legal da paternidade". O dispositivo está superado, uma vez que o adultério desapareceu do sistema diante da Lei 11.106/2005. Complementando o

comando, enuncia o art. 1.602 do CC que não basta a *confissão materna* para excluir a presunção de paternidade. Em suma, não basta a declaração da mãe de que o seu marido não é o pai da criança, pois outras provas e outros fatos devem ser considerados, como o exame de DNA.

De toda a sorte, a última norma pode criar problemas práticos. Imagine-se a hipótese de uma mulher que está separada de fato do marido e que vive com outro homem. Nascido um filho do último, a sua declaração quando do registro do nascimento não teria o condão de afastar a presunção legal da paternidade do marido. Ora, melhor seria que a atual legislação trouxesse uma previsão sobre o afastamento da presunção em casos tais.

O art. 1.601 é um dos dispositivos mais criticados do CC/2002 ao prever que "Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível. Parágrafo único. Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação". A norma é duramente criticada porque, ao consagrar a imprescritibilidade da ação negatória de paternidade pelo marido, despreza a parentalidade socioafetiva, fundada na posse de estado de filhos.[156] Conforme o Enunciado n. 339 do CJF/STJ, aprovado na *IV Jornada de Direito Civil*, deve ser vedado o rompimento da paternidade socioafetiva em detrimento do melhor interesse do filho. No mesmo sentido, o seguinte enunciado, da *V Jornada de Direito Civil:* "O conhecimento da ausência de vínculo biológico e a posse de estado de filho obstam a contestação da paternidade presumida" (Enunciado n. 520). Com conclusão nesse sentido, por todos os julgados, do Superior Tribunal de Justiça:

> "Reconhecimento de filiação. Ação declaratória de nulidade. Inexistência de relação sanguínea entre as partes. Irrelevância diante do vínculo socioafetivo. Merece reforma o acórdão que, ao julgar embargos de declaração, impõe multa com amparo no art. 538, par. único, CPC se o recurso não apresenta caráter modificativo e se foi interposto com expressa finalidade de prequestionar. Inteligência da Súmula 98, STJ. – O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo socioafetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação socioafetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil. – O STJ vem dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação socioafetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai socioafetivo. *A contrario sensu*, se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica. Recurso conhecido e provido" (STJ, REsp 878.941/DF, Rel.ª Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 21.08.2007, *DJ* 17.09.2007 p. 267).

Ilustrando, se um marido reconhece o filho havido de sua mulher como seu, por meio da chamada "adoção à brasileira", criando-o por dez anos, não poderá desfazer o vínculo. No máximo, eventual demanda negatória ou de nulidade do registro pode ser julgada parcialmente procedente, apenas para declarar que o autor não é o pai biológico da criança. Porém, o vínculo de filiação deve ser mantido.

No que concerne ao tempo para a caracterização da parentalidade socioafetiva, leciona Leila Torraca de Brito, em sua tese de pós-doutorado defendida na Universidade Federal do Paraná, a existência de uma lei francesa (*Ordonnance 2005-759*) consagrando prazo de cinco anos de posse de estado de filhos, contados do nascimento ou do reconhecimento do filho, para que se impugne a parentalidade. Não havendo a posse de estado de filhos, o prazo para a impugnação é de dez anos.[157] A experiên cia francesa serve como simples parâmetro para a realidade brasileira, cabendo apenas a ressalva de que a caracterização do vínculo de afetividade não leva em conta apenas fatores quantitativos, mas também qualitativos.

Cabe destacar que, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, foi reconhecida a repercussão geral da matéria, especialmente a respeito da colisão entre o vínculo socioafetivo e o biológico. A emenda da decisão foi assim publicada: "Recurso extraordinário com agravo. Direito Civil. Ação de anulação de assento de nascimento. Investigação de paternidade. Imprescritibilidade. Retificação de registro. Paternidade biológica. Paternidade socioafetiva. Controvérsia gravitante em torno da prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica. Art. 226, *caput*, da Constituição Federal. Plenário virtual. Repercussão geral reconhecida" (STF, ARE 692.186 RG/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 29.11.2012).

A repercussão geral é até pertinente, pois surgem decisões que concluem pela não prevalência da parentalidade socioafetiva sobre a biológica. Assim, merecendo críticas, o acórdão publicado no *Informativo* n. *512* do STJ, com o seguinte trecho: "É possível o reconhecimento da paternidade biológica e a anulação do registro de nascimento na hipótese em que pleiteados pelo filho adotado conforme prática conhecida como 'adoção à brasileira'. A paternidade biológica traz em si responsabilidades que lhe são intrínsecas e que, somente em situações excepcionais, previstas em lei, podem ser afastadas. O direito da pessoa ao reconhecimento de sua ancestralidade e origem genética insere-se nos atributos da própria personalidade. A prática conhecida como 'adoção à brasileira', ao contrário da adoção legal, não tem a aptidão de romper os vínculos civis entre o filho e os pais biológicos, que devem ser restabelecidos sempre que o filho manifestar o seu desejo de desfazer o liame jurídico advindo do registro ilegalmente levado a efeito, restaurando-se, por conseguinte, todos os consectários legais da paternidade biológica, como os registrais, os patrimoniais e os hereditários. Dessa forma, a filiação socioafetiva desenvolvida com os pais registrais não afasta os direitos do filho resultantes da filiação biológica, não podendo, nesse sentido, haver equiparação entre a 'adoção à brasileira' e a adoção regular. Ademais, embora a 'adoção à brasileira', muitas vezes, não denote torpeza de quem a pratica, pode ela ser instrumental de diversos ilícitos, como os relacionados ao tráfico internacional de crianças, além de poder não refletir o melhor interesse do menor. Precedente citado: REsp 833.712/RS, DJ 4/6/2007" (STJ, REsp 1.167.993/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 18.12.2012).

A última ementa representa um retrocesso, uma volta ao passado, desprezando a posse de

estado de filhos fundada na reputação social (*reputatio*) e no tratamento dos envolvidos (*tractatus*). Ademais, abre a possibilidade de um filho "escolher" o seu pai não pelo ato de afeto, mas por meros interesses patrimoniais.

De toda sorte, a este autor parece que a citada repercussão geral não pode ser julgada no sentido de afirmar que um vínculo sempre prevalece sobre o outro, de forma pura e simples. Os vínculos familiares são complexos, não cabendo um modelo fechado para resolver os numerosos problemas que surgem na realidade contemporânea.

Feitas tais considerações, atente-se ao fato de que parte da doutrina nacional aponta para a possibilidade de reconhecimento da *multiparentalidade*, o que conta com o apoio do presente autor.[158] O que se tem visto na jurisprudência é uma *escolha de Sofia*, entre o vínculo biológico e o socioafetivo, o que não pode mais prosperar. Como interroga a doutrina consultada, por que não seria possível a hipótese de ter a pessoa dois pais ou duas mães no registro civil, para todos os fins jurídicos, inclusive familiares e sucessórios? Como bem pontua Maurício Bunazar, "a partir do momento em que a sociedade passa a encarar como pais e/ou mães aqueles perante os quais se exerce a posse do estado de filho, juridiciza-se tal situação, gerando, de maneira inevitável, entre os participantes da relação filial direitos e deveres; obrigações e pretensões; ações e exceções, sem que haja nada que justifique a ruptura da relação filial primeva".[159]

Reconhecendo tais premissas, anote-se a inédita sentença prolatada pela magistrada Deisy Cristhian Lorena de Oliveira Ferraz, da Comarca de Ariquemes, Estado de Rondônia, determinando o duplo registro da criança, em nome do pai biológico e do pai socioafetivo, diante de pedido de ambos para que a multiparentalidade fosse reconhecida. A íntegra da decisão pode ser lida do *site* do autor da presente obra.[160]

O tema igualmente ganha relevo na questão relativa aos direitos e deveres dos padrastos e madrastas, com grande repercussão prática no meio social. Se a sociedade pós-moderna é pluralista, a família também o deve ser e para todos os fins, inclusive alimentares e sucessórios. Assim, na linha do exposto, o igualmente inédito acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que determinou o registro de madrasta como *mãe civil* de enteado, mantendo-se a mãe biológica, que havia falecido quando do parto. A ementa da revolucionária decisão foi assim publicada:

> "Maternidade socioafetiva. Preservação da Maternidade Biológica. Respeito à memória da mãe biológica, falecida em decorrência do parto, e de sua família. Enteado criado como filho desde dois anos de idade. Filiação socioafetiva que tem amparo no art. 1.593 do Código Civil e decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações mútuos, e sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a quem não conhece, de que se trata de parentes. A formação da família moderna não consanguínea tem sua base na afetividade e nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Recurso provido" (TJSP, Apelação n. 0006422-26.2011.8.26.0286, 1.ª Câmara de Direito Privado, Itu, Rel. Des. Alcides Leopoldo e Silva Junior, j. 14.08.2012).

De 2014, outros três julgamentos de primeira instância merecem relevo. O primeiro foi pronunciado pela Vara da Família de Sobradinho, no Distrito Federal, atribuindo dupla paternidade, para todos os fins jurídicos, tanto para o pai biológico quanto para o socioafetivo (Processo 2013.06.1.001874-5, j. 06.06.2014). A segunda sentença é da 15.ª Vara da Família da Capital do Rio de Janeiro, prolatada pela magistrada e componente do IBDFAM Maria Aglae Vilardo, tendo reconhecido o direito de três irmãos terem duas mães, a biológica e a socioafetiva, em seus registros de nascimento (fevereiro de 2014). O último julgado é da 3.ª Vara Cível de Santana do Livramento, Rio Grande do Sul, decidindo a juíza Carine Labres que uma criança de cinco anos terá, na certidão de nascimento, o nome do pai biológico e do pai que a registrou e que com ela convive desde o nascimento (maio de 2014).

Outras decisões jurisprudenciais devem surgir, sendo a multiparentalidade um caminho sem volta do Direito de Família Contemporâneo, consolidando-se as novas teorias e os princípios constitucionais nesse campo do pensamento jurídico.

Superada essa instigante pontuação, o art. 1.601 do CC não deve ser aplicado aos casos de inseminação artificial heteróloga autorizada pelo marido conforme outrora transcrito Enunciado n. 258 do CJF/STJ, uma vez que em casos tais a presunção é absoluta. Como se nota, o comando gera problemas em relação às duas novas formas de parentesco civil. Justamente por isso, há propostas de modificação do comando legal em comento. O PL 699/2011 pretende alterá-lo no sentido de restringir a impugnação da paternidade, para que não caiba nos casos de inseminação heteróloga, registro do filho ou adoção. Pelo PL 470/2013 (*Estatuto das Famílias* do IBDFAM) propõe-se o art. 76 a seguinte redação: "Cabe ao marido, ao convivente ou à mulher o direito de impugnar a paternidade ou a maternidade que lhe for atribuída no registro civil. § 1.º Impugnada a filiação, se sobrevier a morte do autor os herdeiros podem prosseguir na ação. § 2.° Não cabe a impugnação da paternidade ou maternidade: I – em se tratando de inseminação Artificial heteróloga, salvo alegação de dolo ou fraude; II – caso fique caracterizada a posse do estado de filho".

O art. 1.603 do CC/2002 dispõe que a filiação deve ser provada pela certidão do termo do nascimento registrada no Registro Civil. Também fazendo referência à parentalidade socioafetiva, determina o Enunciado n. 108 do CJF/STJ que: "No fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se, à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consanguínea e também a socioafetiva". Aplicando a ideia, do Tribunal Paulista, em caso relacionado à sucessão legítima:

> "Partilha. Anulação de ato jurídico. Demanda ajuizada com fulcro no artigo 1.029 do CPC. Inocorrência de prescrição, diante da regra do art. 198, *i*, do Código Civil. Procedência. Inobservância da ordem hereditária (arts. 1829 c.c. 1.845 do mesmo diploma legal). Autora única filha do *de cujus*. Inocorrência de cerceamento de defesa. Insurgência com relação ao registro de nascimento e escritura pública de reconhecimento de filiação deve ser objeto de ação própria. Incabível sua arguição através da contestação. Apelantes que pretendem transformar a defesa e recurso em verdadeira negatória de paternidade, o que não se admite. Pretensão exordial que encontra amparo na regra do artigo 1.603 do Código Civil. Sentença que ressalvou ainda para a questão de eventual paternidade socioafetiva, diante do conteúdo da escritura pública

de reconhecimento de filiação (também encartada aos autos), que também confere os mesmos direitos hereditários à apelada. Inteligência do art. 1.593 do Código Civil. Enunciado n. 103 CJF. Sentença mantida. Recurso improvido" (TJSP, Apelação com Revisão 505.057.4/6, Acórdão 2543929, Sorocaba, 8.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Salles Rossi, j. 27.03.2008, *DJESP* 16.05.2008).

Completando a norma, de acordo com o art. 1.604 do CC: "Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro do nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro". O dispositivo está a possibilitar a *ação vindicatória de filho* por terceiro, havendo erro ou falsidade registral. Ilustrando, um pai biológico pode ingressar com demanda contra aquele que registrou um filho como seu. Todavia, deve ficar claro que a parte final do dispositivo não se aplica aos casos de socioafetividade. Podemos então assim resumir a matéria trazida pelo dispositivo em comento:

– *Regra*: não cabe a *quebra* do que consta do registro de nascimento.
– *Exceção*: o registro pode ser *quebrado* nos casos de erro ou falsidade do registro.
– *Exceção da exceção (retorna-se à regra)*: a *quebra* do registro não pode ocorrer nos casos de parentalidade socioafetiva.

Aplicando tais premissas, mais uma vez, do Superior Tribunal de Justiça, mais um acórdão, com conteúdo bem interessante:

"Registro civil. Reconhecimento de paternidade via escritura pública. Intenção livre e consciente. Assento de nascimento de filho não biológico. Retificação pretendida por filha do de cujus. Art. 1.604 do Código Civil. Ausência de vícios de consentimento. Vínculo socioafetivo. Ato de registro da filiação. Revogação. Descabimento. Arts. 1.609 e 1.610 do Código Civil. 1. Estabelecendo o art. 1.604 do Código Civil que 'ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade de registro', a tipificação das exceções previstas no citado dispositivo verificar-se-ia somente se perfeitamente demonstrado qualquer dos vícios de consentimento, que, porventura, teria incorrido a pessoa na declaração do assento de nascimento, em especial quando induzido a engano ao proceder o registro da criança. 2. Não há que se falar em erro ou falsidade se o registro de nascimento de filho não biológico efetivou-se em decorrência do reconhecimento de paternidade, via escritura pública, de forma espontânea, quando inteirado o pretenso pai de que o menor não era seu filho; porém, materializa-se sua vontade, em condições normais de discernimento, movido pelo vínculo socioafetivo e sentimento de nobreza. 3. 'O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo socioafetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação socioafetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil' (RESP 878.941 – DF, Terceira Turma, relatora Ministra Nancy Andrighi, *DJ* de 17.09.2007). 4. O termo de nascimento fundado numa paternidade socioafetiva, sob autêntica posse de estado de filho, com proteção em recentes reformas do direito contemporâneo, por denotar uma verdadeira filiação registral – portanto, jurídica –, conquanto respaldada pela livre e consciente intenção do reconhecimento voluntário, não se mostra capaz de afetar o ato de registro da filiação, dar ensejo a sua revogação, por força do que dispõem os arts. 1.609 e 1.610 do Código Civil. 5. Recurso Especial provido" (STJ, REsp 709.608/MS, 4.ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 05.11.2009, *DJe* 23.11.2009).

Na falta ou defeito do termo de nascimento, a filiação pode ser provada por qualquer forma admitida em direito (art. 1.605, *caput*, do CC). Complementando o referido dispositivo, os seus

incisos preconizam que são admitidas como *provas supletivas da filiação*:

- Prova por escrito, proveniente dos pais, de forma conjunta ou separada.
- Existência de presunções relativas resultantes de fatos já certos, inclusive pela *posse de estado de filhos*, ou seja, pelo fato do filho conviver a tempos com os supostos pai e mãe. Por esta previsão, há de se invocar, mais uma vez, a parentalidade socioafetiva.

Encerrando o tratamento da matéria, o art. 1.606 do CC impõe que a ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto o mesmo viver (*ação personalíssima*). Essa ação, contudo, será transmitida aos herdeiros se o filho morrer menor ou incapaz (ação *post mortem*). Iniciada a ação pelo filho, os seus herdeiros poderão continuá-la, salvo se o processo for julgado extinto (art. 1.606, parágrafo único, do CC).

A completar o sentido do comando, cumpre destacar o seguinte enunciado aprovado, em 2011, na *V Jornada de Direito Civil:* "Qualquer descendente possui legitimidade, por direito próprio, para propor o reconhecimento do vínculo de parentesco em face dos avós ou de qualquer ascendente de grau superior, ainda que o seu pai não tenha iniciado a ação de prova da filiação em vida" (Enunciado n. 521 CJF/SJT). O enunciado doutrinário possibilita a *ação avoenga*, do neto contra o avô, que ainda será estudada na presente obra.

8.5.3 Reconhecimento de filhos (arts. 1.607 a 1.617 do CC)

8.5.3.1 Primeiras palavras. Modalidades de reconhecimento de filhos

O tema reconhecimento de filhos já era tratado pela Lei 8.560/1992 (Lei da Investigação da Paternidade), norma que continua parcialmente em vigor naqueles pontos que tratam da matéria processual. O reconhecimento de filhos no atual Código Civil consta dos seus arts. 1.607 a 1.617.

De acordo com o primeiro comando legal constante da codificação civil, o filho havido fora do casamento pode ser reconhecido pelos pais, de forma conjunta ou separada. O dispositivo não menciona mais o termo *filho ilegítimo*, como previa o famigerado art. 355 do CC/1916.

Em relação à maternidade, quando esta constar do termo de nascimento, como é comum, a mãe só poderá contestá-la, provando a falsidade do termo, ou das declarações nele contidas (art. 1.608 do CC). É o caso, por exemplo, da troca de bebês em maternidade, fato que tem se tornado comum no Brasil. Na verdade, a norma é aplicável em casos excepcionais diante da velha regra pela qual *a maternidade é sempre certa (mater semper certa est)*. As grandes discussões relativas à filiação referem-se ao reconhecimento da paternidade, justamente porque esta não é certa.

Pois bem, o reconhecimento de filhos pode se dar por duas formas básicas:

- *Reconhecimento voluntário ou perfilhação* – nas situações descritas no art. 1.609 do CC.
- *Reconhecimento judicial* – nas hipóteses em que não há o reconhecimento voluntário, este devendo ocorrer de *forma coativa*, por meio da *ação investigatória*.

Vejamos a matéria de forma pontual.

8.5.3.2 *Reconhecimento voluntário ou perfilhação*

O art. 1.609 do CC, repetindo o que constava do art. 1.º da Lei 8.560/1992, consagra as seguintes hipóteses de reconhecimento voluntário de filhos:

> I – No registro do nascimento.
>
> II – Por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado no cartório de registro das pessoas naturais.
>
> III – Por testamento, legado ou codicilo, ainda que a manifestação seja incidental.
>
> IV – Por manifestação direta e expressa perante o juiz – investido no cargo –, ainda que o reconhecimento de filho não seja o objeto único e principal do ato que o contém. Ilustrando, cite-se a declaração de paternidade feita como testemunha em uma ação de despejo.

O reconhecimento de filhos pode preceder ao nascimento (*reconhecimento de nascituro*) ou ser posterior ao falecimento (*reconhecimento* post mortem), se o filho a ser reconhecido deixar descendentes (art. 1.609, parágrafo único, do CC). Ao admitir a possibilidade de reconhecimento de nascituro como filho, o dispositivo adota a *teoria concepcionista*, pela qual o nascituro é pessoa humana, corrente que parece ser a majoritária na doutrina contemporânea.[161]

Regra fundamental sobre o tema, enuncia o art. 1.610 do CC que o reconhecimento de filho é sempre irrevogável, ainda que a manifestação conste em testamento. O testamento continua sendo revogável, mas isso não atinge a perfeição do ato de reconhecimento. A questão da irrevogabilidade do reconhecimento pode ser aplicada a hipótese envolvendo a paternidade socioafetiva, conforme reconheceu o Tribunal Paulista no julgado a seguir:

> "Negatória de paternidade. Filiação reconhecida voluntariamente pelo casamento do autor com a mãe da criança e que proporcionou sete anos de convivência fraterna, um estado que ganha vulto e importância [afetividade] para efeito de aplicar o art. 1609, do CC, com rigor, restringindo a hipótese de revogabilidade do reconhecimento para falsidade ou vícios de vontade. Inocorrência de tais motivos. Artigos 1.604 e 1.610 do CC/2002. Paternidade socioafetiva consolidada. Não provimento" (TJSP, Apelação com Revisão 592.910.4/1, Acórdão 3651709, São Paulo, 4.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 14.05.2009, *DJESP* 06.07.2009).

O reconhecimento de filhos constitui um ato jurídico *stricto sensu*, ou em sentido estrito, justamente porque os seus efeitos são apenas aqueles decorrentes de lei (art. 185 do CC). Não há uma composição de vontades, a fazer com que o ato seja tido como um negócio jurídico.

Trata-se ainda de um ato unilateral e formal. Entretanto, dúvidas surgem em relação à primeira parte do art. 1.614 do CC pelo qual: "O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos quatro anos que se seguirem à maioridade, ou à emancipação". Como se nota, o reconhecimento de filho maior exige a sua concordância. Surge então a dúvida: o ato de reconhecimento passa a ser bilateral em casos tais? Segue-se a corrente doutrinária que responde negativamente, mantendo-se o caráter unilateral do ato.[162] Isso porque o consentimento do maior é mero ato de proteção, predominando a iniciativa daquele que reconhece o filho.

Em relação à segunda parte do art. 1.614 do CC – que consagra prazo decadencial de quatro anos para o filho menor impugnar o seu reconhecimento, a contar da maioridade –, a previsão tem sido afastada pela jurisprudência. Isso porque o direito à impugnação envolve estado de pessoas e a dignidade humana, não estando sujeito a qualquer prazo (assim concluindo: STJ, REsp 765.479/RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3.ª Turma, j. 07.03.2006, *DJ* 24.04.2006, p. 397). A conclusão é perfeita, uma vez que o direito à verdade biológica e à filiação é um direito fundamental.

O ato de reconhecimento de filhos é *incondicional*, não podendo ser submetido à condição (evento futuro e incerto) ou a termo (evento futuro e certo). Nos dois casos, são ineficazes a condição e o termo constantes do reconhecimento, aproveitando-se o restante do ato (art. 1.613 do CC) – aplicação do *princípio da conservação dos negócios jurídicos*. Ilustrando, imagine-se que alguém faz a seguinte declaração: "reconheço você como meu filho *quando* sua mãe morrer" (reconhecimento a termo). O termo é considerado não escrito, valendo plenamente o reconhecimento do filho.

Dispositivo com redação polêmica e criticável, enuncia o art. 1.611 do CC/2002 que o filho havido fora do casamento e reconhecido por um dos cônjuges não poderá residir no lar conjugal sem o consentimento do outro cônjuge. O comando privilegia o casamento em detrimento do filho, trazendo resquício da odiosa discriminação do filho havido fora do casamento. Conforme leciona Guilherme Calmon Nogueira da Gama, a quem se filia, "O art. 1.611 do Código Civil está eivado do vício da inconstitucionalidade, eis que há flagrante violação ao princípio da igualdade entre os filhos em direitos e deveres (CF/1988, art. 227, § 6.º)".[163] Na verdade, seria melhor que o CC/2002 não trouxesse a previsão, deixando a análise da questão para o julgador, caso a caso.

Ademais, em casos de debates como esse, deve sempre prevalecer o princípio do maior interesse da criança e do adolescente, retirado do art. 1.612 do CC, pelo qual "O filho reconhecido, enquanto menor, ficará sob a guarda do genitor que o reconheceu, e, se ambos o reconhecerem e não

houver acordo, sob a de quem melhor atender aos interesses do menor". Tentando salvar o dispositivo anterior, ensina Paulo Lôbo que "Para que se possa interpretar e aplicar a norma em conformidade com a Constituição, impõe-se sua harmonização com as regras respeitantes à guarda do filho menor, que deve atender ao princípio do seu melhor interesse".[164] Em sentido próximo, lecionam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho que o art. 1.611 deve ser interpretado "*modus in rebus*, ou seja, em justa e ponderada medida, dentro dos parâmetros da razoabilidade".[165]

Encerrando o estudo do reconhecimento voluntário, determina o art. 1.617 do CC que a filiação materna ou paterna pode resultar de casamento declarado nulo, ainda que este não seja reconhecido como putativo. A norma é óbvia, uma vez que a nulidade ou anulabilidade do casamento não pode interferir na questão da filiação. Mais uma vez, o dispositivo parece ser resquício de outra época.

8.5.3.3 *Reconhecimento judicial. Aspectos principais da ação investigatória*

Como é notório, o reconhecimento forçado ou coativo de filho se dá por meio da ação investigatória de paternidade ou de maternidade, sendo a primeira mais comum na prática. Vejamos os aspectos principais dessa demanda, que segue o rito ordinário (art. 282 e seguintes do CPC):

→ *Prazo*. Por sua natureza declaratória e por envolver estado de pessoas e dignidade humana, a ação não está sujeita a qualquer prazo, sendo imprescritível. Nesse sentido, prevê o art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, Lei 8.069/1990): "O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça". Na mesma linha, a Súmula 149 do STF, pela qual "É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a da petição de herança". A ação de petição de herança será estudada no próximo capítulo desta obra.

→ *Foro competente para apreciar a ação investigatória*. Como a ação investigatória é uma ação pessoal, em regra, será competente o foro de domicílio do réu (art. 94 do CPC). Se a ação estiver cumulada com a de alimentos, "O foro de domicílio ou residência do alimentando é o competente para a ação de investigação de paternidade, quando cumulada com a de alimentos" (Súmula 1 do STJ). Se a ação estiver cumulada com petição de herança, será competente o mesmo juízo do inventário, antes da partilha; ou o foro de domicílio de qualquer herdeiro, após a partilha (ver: STJ, CC 28.535/PR, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 2.ª Seção, j. 08.11.2000, *DJ* 18.12.2000, p. 152). Porém, em havendo pendência do julgamento da investigação de paternidade, a ação de petição de herança deve correr na mesma Vara da Família em que segue tal demanda declaratória (STJ, CC 124.274/PR, Rel. Min. Raul Araújo, 2.ª Seção, j. 08.05.2013, publicado no seu *Informativo* n. *524*). Se a ação estiver cumulada com alimentos e petição de herança, será competente o foro de domicílio ou residência do alimentando (STJ, CC 51.061/GO, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 09.11.2005).

→ *Legitimidade ativa para a ação investigatória*. A ação investigatória é personalíssima do filho, em regra. Sendo menor, este deverá ser representado (menor de 16 anos) ou assistido (menor entre 16 e 18 anos), geralmente pela mãe. A ação também cabe ao filho maior de 18 anos, sem a necessidade de representação ou assistência. O MP também pode agir como substituto processual, tendo legitimação extraordinária, conforme a Lei 8.560/1992. Seguindo a *corrente concepcionista*, deve-se entender que a ação também cabe ao nascituro, que por si só pode promover a ação, devidamente representado (Nesse sentido: TJSP, Apelação Cível 340.115-4/0/Avaré, 5.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Silvério Ribeiro, 10.11.2004, *v.u.*). Segundo o STJ, a investigatória também cabe do neto contra o avô, visando constituir o vínculo do último em relação ao pai do primeiro (*ação avoenga*). Por todos os arestos superiores,

transcreve-se a seguinte ementa: "Ação dos netos para identificar a relação avoenga. Precedente da Terceira Turma. Precedente da Terceira Turma reconheceu a possibilidade da ação declaratória 'para que diga o Judiciário existir ou não a relação material de parentesco com o suposto avô' (REsp 269/RS, Rel. Min. Waldemar Zveiter, *DJ* 07.05.1990). Recursos especiais conhecidos e providos" (STJ, REsp 603.885/RS, j. 03.03.2005, 3.ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ* 11.04.2005, p. 291).

→ *Legitimidade passiva para a ação investigatória*. Em regra, a ação será proposta contra o suposto pai ou suposta mãe. Falecido este ou esta, a ação será proposta contra os herdeiros da pessoa investigada e não contra o espólio, diante de seu caráter pessoal e por não ter o espólio personalidade jurídica. Não havendo herdeiros e falecendo o suposto pai ou mãe, a ação será proposta contra o Estado (Município ou União), que receberá os bens vagos. Por fim, a ação também pode ser proposta contra o avô (*ação avoenga*).

→ *Prova*. Diante das avançadas técnicas de engenharia genética, a prova mais efetiva é a realização de exame de DNA dos envolvidos, o que traz certeza quase absoluta quanto ao vínculo biológico. Destaque-se que a jurisprudência do STJ tem entendido que o direito à verdade biológica é um direito fundamental, amparado na proteção da pessoa humana (Por todos: STJ, REsp 833.712/RS, Proc. 2006/0070609-4, 3.ª Turma, Rel. Min. Fátima Nancy Andrighi, j. 17.05.2007, *DJU* 04.06.2007, p. 347).

→ *Contestação da ação*. Dispõe o art. 1.615 do CC que qualquer pessoa que tenha justo interesse pode contestar a ação investigatória. Como pessoas interessadas podem ser citadas o cônjuge ou companheiro do suposto genitor e os seus herdeiros (Quanto aos herdeiros, reconhecendo a sua legitimidade: TJMG, Apelação Cível 1.0479.06.114117-8/0011, Passos, 1.ª Câmara Cível, Rel. Des. Armando Freire, j. 05.08.2008, *DJEMG* 12.09.2008).

→ *Alimentos na ação investigatória*. Estatui a Súmula 277 do STJ que "Julgada procedente a investigação de paternidade, os alimentos são devidos a partir da citação". Isso vale se os alimentos não forem fixados provisoriamente, por meio de tutela antecipada ou em cautelar de alimentos provisionais. O entendimento sumulado é aplicação do princípio da igualdade entre filhos (art. 227, § 6.º, da CF/1988 e art. 1.596 do CC), uma vez que se o filho reconhecido voluntariamente tem direito a alimentos provisórios desde a citação do réu na ação de alimentos, o filho reconhecido posteriormente por sentença também deve o ter. Trata-se, ainda, de incidência do art. 1.616 do CC pelo qual a sentença da ação investigatória deve ter os mesmos efeitos do reconhecimento voluntário.

→ *A parentalidade socioafetiva na ação investigatória*. Tornou-se comum, como exaustivamente demonstrado, discutir a parentalidade socioafetiva, fundada na posse de estado de filhos, em sede de ação investigatória. Ilustrando, imagine-se que um casal tem um filho, que é devidamente registrado pelo marido, que pensa ser o seu filho. Trinta anos depois, após a morte do marido, a mulher conta ao seu filho que o seu pai não é aquele que faleceu, mas outra pessoa, com quem ela teve um relacionamento rápido quando era jovem. Ciente do fato, o filho resolve promover a ação contra o seu suposto pai verdadeiro. Realizado o exame de DNA no curso da ação, constata-se que o pai biológico do autor é o réu e não aquele que o criou durante trinta anos. No caso descrito, diante da *parentalidade socioafetiva*, não é possível desconstituir o vínculo de filiação já estabelecido. Deve-se concluir, como Maria Berenice Dias, que a ação somente declarará a existência do vínculo biológico, o que é reconhecido como um direito personalíssimo da parte. Porém, em relação ao vínculo de filiação com todas as suas consequências, este permanece em relação ao falecido.[166]

→ *A obrigatoriedade do exame de DNA e a presunção de paternidade*. É notório que o exame de DNA constitui meio de prova dos mais eficazes, pois traz certeza quase absoluta quanto à existência ou não do vínculo biológico. O exame de DNA veio a substituir a fragilidade da prova testemunhal que antes era produzida, baseada principalmente no relacionamento sexual plúrimo da mãe do investigante com vários homens (*exceptio plurium concubentium*). Essa prova revelava-se como vexatória, por ser violadora da intimidade e da dignidade humana da mãe. A respeito da obrigatoriedade da realização do exame de DNA, com a condução coercitiva do investigado, o STF, em julgado histórico, acabou por entender por sua impossibilidade. A decisão, por maioria de votos, conclui que o *direito à intimidade biológica do suposto pai prevalece sobre a busca da verdade biológica*: "Investigação de paternidade. Exame DNA. Condução do réu 'debaixo de vara'. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de

paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, 'debaixo de vara', para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos" (STF, HC 71.373/RS, Rel. Min. Francisco Rezek, Rel. Acórdão Min. Marco Aurélio, j. 10.11.1994, Tribunal Pleno, *DJ* 22.11.1996, p. 45.686). Apesar da dedução pela não obrigatoriedade do exame, o STF entendeu que a sua negativa conduz à presunção relativa de paternidade. Tal decisão acabou por influir na legislação e na jurisprudência posteriores. De início, cite-se a redação dos arts. 231 e 232 do atual Código Civil ("Art. 231. Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa" e "Art. 232. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame"). No plano jurisprudencial foi editada a Súmula 301 do STJ, *in verbis*: "Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade". Mais recentemente, entrou em vigor no Brasil a Lei 12.004/2009, que introduziu na Lei 8.560/1992 norma expressa a respeito da presunção pela negativa ao exame: "Art. 2.º-A. Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos. Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético – DNA – gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório". Em verdade, a última norma é até desnecessária, pela existência dos dispositivos do CC/2002 e pela jurisprudência consolidada.

→ *A relativização da coisa julgada na ação investigatória*. Como é notório, a jurisprudência superior tem relativizado a coisa julgada em casos de ações investigatórias julgadas improcedentes por ausência de provas, em momento em que não existia o exame de DNA. O principal precedente do STJ merece destaque, mais uma vez nesta obra: "Processo civil. Investigação de paternidade. Repetição de ação anteriormente ajuizada, que teve seu pedido julgado improcedente por falta de provas. Coisa julgada. Mitigação. Doutrina. Precedentes. Direito de família. Evolução. Recurso acolhido. I – Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido. II – Nos termos da orientação da Turma, 'sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza' na composição do conflito. Ademais, o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real. III – A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca, sobretudo, da realização do processo justo, 'a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade'. IV – Este Tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum" (STJ, REsp 226.436/PR, j. 28.06.2001, 4.ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJ* 04.02.2002, p. 370). A decisão traz conclusão interessante no sentido de que a *justiça justa* deve prevalecer sobre a *justiça segura*. Por certo que o Século atual tem como prioridade a tutela de direitos e não a segurança por si só. Com mesma conclusão, no âmbito doutrinário, prevê o Enunciado n. 109 do CJF/STJ, da *I Jornada de Direito Civil*, que: "A restrição da coisa julgada oriunda de demandas reputadas improcedentes por insuficiência de prova não deve prevalecer para inibir a busca da identidade genética pelo investigando". O que se nota é que entre os civilistas tal mitigação é bem aceita, o mesmo não se podendo dizer quanto aos processualistas. Na opinião deste autor, a relativização da coisa julgada, para as hipóteses descritas, justifica-se plenamente utilizando-se a *técnica de ponderação*, desenvolvida, entre outros, por Robert Alexy.[167] Anote-se que, mais recentemente, decidiu o Supremo Tribunal Federal de maneira similar, conforme julgado publicado no seu *Informativo* n. *622*, de abril de 2011. Em suma, em casos tais, deve-se realmente entender que a verdade biológica, com relação direta com a dignidade humana do suposto filho (art. 1.º, inc. III, da CF/1988), deve prevalecer sobre a proteção da coisa julgada (art. 5.º, XXXVI, da CF/1988).

8.5.4 Da adoção

Como visto, a adoção constitui forma tradicional de parentesco civil. Tentando consolidar o tratamento anterior relativo ao tema, o Código Civil de 2002 instituiu um capítulo próprio a respeito do instituto entre os seus arts. 1.618 a 1.629. Assim, com a codificação privada deixou-se de existir aquela antiga divisão da adoção em *adoção plena ou estatutária* (regida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, para menores) e *adoção simples ou restrita* (regida até então pelo CC/1916, para maiores).

Porém, frustrando essa tentativa de unificação legal, foi promulgada a Lei 12.010, em 3 de agosto de 2009, conhecida como *Lei Nacional da Adoção ou Nova Lei da Adoção*. A nova norma revogou vários dispositivos do CC/2002 que tratavam da adoção (arts. 1.620 a 1.629), alterando, ainda, os arts. 1.618 e 1.619 da atual codificação. Atualmente, a matéria ficou consolidada no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, Lei 8.069/1990), que do mesmo modo teve vários dos seus comandos alterados. De acordo com os seus objetivos didáticos, esta obra apenas abordará as regras fundamentais da adoção.

Na verdade, nota-se que não há mais dispositivos no CC/2002 regulamentando o instituto. O seu art. 1.618 do CC determina que a adoção de crianças e adolescentes será deferida na forma prevista pelo ECA. Ademais, o seu art. 1.619 modificado é claro ao enunciar que a adoção de maiores de 18 anos dependerá da assistência efetiva do Poder Público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da mesma Lei 8.069/1990. Em suma, o que se percebe é que a matéria de adoção, relativa a menores e a maiores, passou a ser consolidada no Estatuto da Criança e do Adolescente.[168]

Pois bem, vejamos três conceitos doutrinários de adoção:

> – Maria Helena Diniz – "A adoção é o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, previstos na Lei 8.069/90, arts. 39 a 52-D, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha".[169]
>
> – Sílvio de Salvo Venosa – "A adoção é modalidade artificial de filiação que busca imitar a filiação natural. Daí ser também conhecida como filiação civil, pois não resulta de uma relação biológica, mas de manifestação de vontade, conforme o sistema do Código Civil de 1916, ou de sentença judicial, conforme o atual sistema".[170]
>
> – Maria Berenice Dias – "A adoção é um ato jurídico em sentido estrito, cuja eficácia está condicionada à chancela judicial. Cria um vínculo fictício de paternidade-maternidade-filiação entre pessoas estranhas, análogo ao que resulta da filiação biológica.[171]

Como se pode perceber dos conceitos expostos, não se trata de um negócio jurídico, mas de um ato jurídico em sentido estrito, cujos efeitos são delimitados pela lei. Nesse sentido, Paulo Lôbo é enfático, ao afirmar que "A adoção é ato jurídico em sentido estrito, de natureza complexa, pois depende de decisão judicial para produzir seus efeitos. Não é negócio jurídico unilateral".[172]

Além de tudo isso, como ficou claro pelos conceitos, *a adoção sempre depende de sentença judicial no atual sistema, seja relativa a maiores ou menores*, devendo esta ser inscrita no registro civil mediante mandado (art. 47 do ECA). O processo de adoção corre na Vara da Infância e Juventude nos casos de menores e na Vara da Família em casos de maiores, sempre com a intervenção do Ministério Público, pois se trata de questão relativa a estado de pessoas e a ordem pública.

Anote-se que, antes da nova lei, na *IV Jornada de Direito Civil* foi aprovado o Enunciado n. 272 do CJF/STJ, dispondo que "Não é admitida em nosso ordenamento jurídico a adoção por ato extrajudicial, sendo indispensável a atuação jurisdicional, inclusive para a adoção de maiores de dezoito anos". O enunciado doutrinário foi aprovado pela comissão da Parte Geral, esclarecendo o conteúdo do então art. 10, III, do CC, pelo qual far-se-ia a averbação no registro público dos atos judiciais e extrajudiciais de adoção. Ora, obviamente não há mais atos extrajudiciais de adoção, estando equivocado o comando legal. Esclareça-se que, do mesmo modo elucidando o conteúdo desse dispositivo da Parte Geral, foi aprovado o Enunciado n. 273 do CJF/STJ, com o seguinte sentido: "Tanto na adoção bilateral quanto na unilateral, quando não se preserva o vínculo com qualquer dos genitores originários, deverá ser averbado o cancelamento do registro originário de nascimento do adotado, lavrando-se novo registro. Sendo unilateral a adoção, e sempre que se preserve o vínculo originário com um dos genitores, deverá ser averbada a substituição do nome do pai ou da mãe natural pelo nome do pai ou da mãe adotivos". Atente-se ao fato de que a Lei 12.010/2009 revogou expressamente o art. 10, III, do Código Civil, sanado o equívoco.

A adoção passou a ser considerada pela nova lei como uma medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa (art. 39, § 1.º, do ECA). Nos termos do art. 25 da mesma norma, "entende-se por *família natural* a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes". Já a *família extensa* ou *ampliada* é "aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade". Em suma, a adoção deve ser encarada como a *ultima ratio*, sendo irrevogável assim como o reconhecimento de filhos.

Em relação à capacidade para adotar, o novo art. 42 do ECA em vigor dispõe que só a pessoa maior de 18 anos pode adotar, o que independe do estado civil. A norma foi alterada na esteira do que já previa o antigo art. 1.618 do CC e da redução da maioridade civil de 21 para 18 anos. Consigne-se que a adoção realizada por somente uma pessoa é denominada *adoção unilateral*.

A antiga *adoção bilateral*, realizada por duas pessoas, passou a ser denominada como *adoção conjunta*, pelo art. 42, § 2.º, do ECA. Para essa adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.

Como novidade interessante, o § 4.º, do art. 42, do ECA, passou a prever que "os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão". Anote-se que com a emergência da *Emenda do Divórcio* a menção aos separados somente se aplica aos que estiverem em tal condição na emergência da alteração constitucional.

Luciano Alves Rossato e Paulo Eduardo Lépore já viam com bons olhos a inovação, pois, "ainda que possa parecer ínfima, trata-se de alteração substancial empreendida no instituto da adoção e que abre espaço, por exemplo, para a adoção por casais homossexuais, uma vez que não exige mais a formalização de uma união pelo casamento ou pela união estável em curso, para que se possa reconhecer a possibilidade de adoção bilateral".[173] Conforme exposto anteriormente, o Superior Tribunal de Justiça admite a *adoção homoafetiva*, conforme decisão publicada no seu *Informativo* n. *432*. Na esteira da doutrina transcrita, pode-se dizer que o dispositivo citado constitui fundamento jurídico para se admitir a adoção por casal entre pessoas do mesmo sexo. Em reforço, pode ser utilizado o art. 43 do ECA, pelo qual "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos". A decisão histórica do Supremo Tribunal Federal, de 5 de maio de 2011, parece ter afastado definitivamente o debate sobre a adoção homoafetiva, diante da equiparação à união estável, sem qualquer ressalva.

Sobre eventuais prejuízos psicológicos e sociais que o filho pode sofrer em casos de adoção homoafetiva, afastando a tese dos danos, é interessante transcrever as lições científicas interdisciplinares de Roger Raupp Rios:

> "De fato, as pesquisas psicológicas revelam que casais homossexuais não diferem de casais heterossexuais no que diz respeito à criação de seus filhos, além de rejeitar as hipóteses de confusão de identidade de gênero, de tendência à homossexualidade e de dificuldade no desenvolvimento psíquico e nas relações sociais de crianças cuidadas por casais homossexuais (neste sentido, por exemplo, Patterson, *Lesbian and gay parents and their children: Summary of research findings*. In *Lesbian and gay parenting: A resource for psychologists* . Washington: American Psychological Association, 2004; Patterson, Gay fathers. In M. E. Lamb (Ed.), *The role of the father in child development*. New York: John Wiley, 2004; Perrin e Committee on Psychosocial Aspects of Child and Family Health, Technical Report: Coparent or second-parent adoption by same-sex parents. *Pediatrics*, 2002; Tasker, Children in lesbian-led families – A review. *Clinical Child Psychology and Psychiatry*, 4, 1999).
>
> Quanto à parentalidade, constata-se que Estudos como esses levaram a Associação Americana de Psicologia (APA) e a Associação Americana de Psicanálise a declararem apoio irrestrito às iniciativas de adoção por casais de pessoas do mesmo sexo, e a repudiar a negligência por parte das decisões legais às pesquisas a respeito de homoparentalidade. No Brasil, o Conselho Federal de Psicologia reforça que 'inexiste fundamento teórico, científico ou psicológico condicionando a orientação sexual como fator determinante para o exercício da parentalidade'. (*Adoção: um direito de todos e todas*. Brasília: CFP, 2008).
>
> Dado que a finalidade da adoção é propiciar ao adotado as melhores condições de desenvolvimento humano e de realização pessoal, rejeitar esta possibilidade por casais homossexuais é restringir de modo injustificado o instituto da adoção. Esta

diminuição das chances de encontrar ambiente familiar positivo viola frontalmente os deveres de cuidado e de proteção que a Constituição exige do Estado e da sociedade. Mais grave ainda: invoca-se a proteção da criança como pretexto para, em prejuízo dela mesma, fazer prevalecer mais uma das manifestações do preconceito heterossexista".[174]

Voltando à questão da adoção por casal divorciado ou separado antes da entrada em vigor da EC 66/2010, desde que demonstrado efetivo benefício ao adotando, será assegurada a guarda compartilhada, conforme previsto no art. 1.584 do Código Civil (art. 42, § 5.º, do ECA). Essa outra inovação vem em boa hora, uma vez que essa guarda passou a ser a regra do direito brasileiro.

Superado esse ponto, como requisito da adoção presente no art. 42, § 3.º, do ECA, "o adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando. A norma não foi alterada, eis que constava do art. 1.619 do Código Civil. Antes mesmo da nova lei, surgia questão polêmica, levantada por Gustavo Ferraz de Campos Mônaco, em excelente artigo científico.[175] No caso de adoção por casal de cônjuges ou companheiros – inclusive homoafetivos –, qual idade deve ser utilizada como parâmetro para se aferir esse requisito mínimo de 16 anos de diferença? O próprio Gustavo Mônaco responde a questão, a quem se filia:

"Em que pese posições divergentes, a maioria da doutrina nacional entende que a diferença de idade para se deferir a adoção há de ser verificada pela idade do *mais jovem* dos pretensos adotantes. Assim, se o cônjuge ou convivente mais jovem contar com 16 anos de idade, a única opção que lhes restará será a de adotar uma criança recém-nascida ou que conte com poucos meses (imaginando-se a adoção por alguém casado ou convivente e que tenha 16 anos e 4 meses, por exemplo, hipótese em que poderá adotar uma criança com até 4 meses de idade)".[176]

A adoção pode ser efetuada pelo tutor ou curador, que pode adotar o pupilo, tutelado ou curatelado. Mas, enquanto não der contas de sua administração e não se saldar o débito, essa adoção não poderá ocorrer (art. 44 do ECA). A premissa constava do art. 1.620 do Código Civil, agora revogado, tendo um senso ético indiscutível.

A consolidação do instituto, em regra, depende de consentimento dos pais ou dos representantes legais, de quem se deseja adotar, conforme o art. 45, *caput*, do ECA. Se o adotado contar com mais de 12 anos de idade, terá que concordar com o ato para que o mesmo seja válido e eficaz (art. 45, § 2.º, do ECA). Permanece a dúvida em relação à necessidade do consentimento dos pais nos casos de adoção de maiores, o que na opinião deste autor é dispensável, na esteira da melhor doutrina.[177] Por expressa previsão legal, o consentimento dos pais ou representantes da criança ou adolescente será dispensado se os seus pais forem desconhecidos ou tiverem sido destituídos do poder familiar (art. 45, § 1.º, do ECA).

O art. 41 do ECA determina que "a adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais" (aplicação do princípio da igualdade entre filhos, art.

227, § 6.º, da CF/1988). Preconiza o § 1.º do comando em destaque que, se um dos cônjuges ou companheiro adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou companheiro do adotante e os respectivos parentes. Anote-se que a lei ainda fala em *concubinos*, devendo ser lido o termo como *companheiros*. Houve um *cochilo do legislador* da Nova Lei da Adoção, que deveria ter alterado os termos, atualizando-os. Diante da igualdade entre os filhos, é recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o quarto grau, observada a ordem de vocação hereditária (art. 41, § 2.º, do ECA).

Ainda no que concerne ao rompimento dos vínculos, a decisão que defere a adoção confere ao adotado o sobrenome do adotante, podendo determinar a modificação de seu prenome a pedido de qualquer um deles (art. 47, § 5.º, do ECA). Como novidade introduzida pela Lei 12.010/2009, caso a modificação de prenome seja requerida pelo adotante, é obrigatória a oitiva do adotando que tenha mais de 12 anos (art. 47, § 6.º, do ECA). Isso porque o nome constitui um direito da personalidade pelo CC/2002, havendo uma ampla proteção de ordem pública (arts. 16 a 19).

Relembre-se que, em todos os casos envolvendo a adoção, esta somente será admitida se constituir reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos (art. 43 do ECA). Essa regra de proteção deve ser atendida tanto pelo Poder Judiciário quanto pelo Ministério Público, que deve intervir no processo de adoção na qualidade de fiscal da lei. De qualquer forma, persiste o entendimento de que o MP não precisa atuar nos casos envolvendo maiores. Trazendo aplicação do art. 43 do ECA, transcreve-se interessante acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> "Adoção. Família substituta. Possibilidade. Apelação. Direito de família. Adoção. Criança inserida no âmbito da família substituta. Interesse do menor. Possibilidade. Inteligência do art. 43 do ECA. Princípio Constitucional da Máxima Proteção à Criança e da Dignidade da Pessoa Humana. Recurso desprovido. A falta de recursos materiais não constitui pressuposto para a destituição do poder familiar, medida extrema a ser apurada em procedimento judicial amplo e irrestrito. Todavia, conforme orientação jurisprudencial dos Tribunais pátrios, o mesmo não ocorre acerca da carência de amor, afeto, atenção, cuidado, responsabilidade, compromisso e proteção para com o menor, pois tais sentimentos são imprescindíveis para o seu pleno desenvolvimento, especialmente se este já se encontra inserido em outra família, sendo certo que a adoção deve ser deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos (art. 43 do ECA), o que efetivamente é o caso dos autos" (TJMG, 6.ª Câmara Cível, ACi 1.0309.04.004465-8/001-Inhapim-MG, Rel. Des. Edilson Fernandes, j. 17.07.2007, v.u.).

No que concerne aos efeitos da adoção, estes começam a partir do trânsito em julgado da sentença (art. 47, § 7.º, do ECA). Exceção deve ser feita se o adotante vier a falecer no curso do procedimento, caso em que terá força retroativa à data do óbito. Nesse sentido, enuncia o art. 42, § 6.º, do ECA, que a adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação, vier a falecer no curso do processo, antes de prolatada a decisão. A última norma é aplicável à adoção *post mortem*, devendo os herdeiros do adotante dar seguimento ao processo. Em casos tais, as relações de parentesco se estabelecem não só entre o adotante e o adotado, como também entre aquele e os

descendentes deste e entre o adotado e todos os parentes do adotante.

Vale deixar consignado, por oportuno, que a adoção de crianças e adolescentes com deficiência ou doença crônica tem prioridade de tramitação judicial, conforme o novo art. 47, § 9.º, do ECA, incluído pela Lei 12.955, de fevereiro de 2014, norma louvável e de relevante impacto social.

Ainda a respeito da adoção, o art. 39, § 2.º, do ECA, veda a adoção por procuração, justamente diante do seu caráter personalíssimo. Outra regra que continua em vigor é a vedação de adoção por ascendentes ou irmãos (art. 42, § 1.º, do ECA). De todo o modo, não há vedação de adoção de sobrinhos por tios ou por primos, pois a autonomia privada não se encontra limitada pela lei.

O art. 46 do ECA aduz que "a adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou o adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso". Os parágrafos do dispositivo foram alterados pela recente Lei Nacional da Adoção. Anteriormente, o estágio de convivência poderia ser dispensado se o adotando não tivesse mais de um ano de idade ou se, qualquer que fosse a sua idade, já estivesse na companhia do adotante durante tempo suficiente para que se pudesse avaliar a conveniência da constituição do vínculo. Em caso de adoção por estrangeiro residente ou domiciliado fora do País, o estágio de convivência, cumprido no território nacional, seria de no mínimo 15 dias para crianças de até 2 anos de idade, e de no mínimo 30 dias quando se tratasse de adotando acima de 2 anos de idade.

Com a nova norma, "o estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo" (art. 46, § 1.º, do ECA). Como se nota, o critério para a dispensa foi substancialmente alterado. Ademais, a simples guarda de fato não autoriza, por si só, a dispensa da realização do estágio de convivência (art. 46, § 2.º). A respeito da adoção internacional, a nova norma passou a prever que o prazo será de 30 dias no mínimo, sem qualquer ressalva (art. 46, § 3.º, do ECA). Como novidade multidisciplinar, "o estágio de convivência será acompanhado pela equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política de garantia do direito à convivência familiar, que apresentarão relatório minucioso acerca da conveniência do deferimento da medida" (art. 46, § 4.º, do ECA).

Outra novidade interessante introduzida pela nova lei consta do art. 48 do ECA, que previa que a adoção seria irrevogável. Como visto, a previsão foi deslocada para o art. 39 da mesma lei. Atualmente, a norma passou a prever que o adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 anos. A inovação deve ser vista com bons olhos, na esteira do entendimento de que o direito à verdade biológica é um direito fundamental. Em complemento, enuncia o louvável parágrafo único do atual art. 48 do ECA que o acesso ao processo de adoção

poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica. De toda sorte, a morte dos adotantes não restabelece o poder familiar dos pais naturais, biológicos (art. 49 do ECA).

Por fim a respeito das regras básicas da adoção, enuncia a lei que "a autoridade judiciária manterá, em cada Comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção". São as conhecidas *listas de adoção*, previstas no art. 50 da Lei 8.069/1990, dispositivo que também recebeu alterações pela Lei 12.010/2009. Os parágrafos do comando legal consagram regulamentações de procedimentos, cujo estudo foge do objeto do presente manual.

8.5.5 Do poder familiar (arts. 1.630 a 1.638 do CC). O problema da alienação parental

O poder familiar é uma decorrência do vínculo jurídico de filiação, constituindo o poder exercido pelos pais em relação aos filhos, dentro da ideia de família democrática, do regime de colaboração familiar e de relações baseadas, sobretudo, no afeto. Anote-se que parte da doutrina prefere o termo *autoridade parental*, constando proposta de alteração das expressões no Estatuto das Famílias (PL 470/2013). Nessa linha, nas justificativas da proposição é expresso que o termo *autoridade* se coaduna com o princípio de melhor interesse dos filhos, além de contemplar a solidariedade familiar. O art. 87 do projeto determina que "A autoridade parental deve ser exercida no melhor interesse dos filhos".

O poder familiar será exercido pelo pai e pela mãe, não sendo mais o caso de se utilizar, em hipótese alguma, a expressão *pátrio poder*, totalmente superada pela *despatriarcalização do Direito de Família*, ou seja, pela perda do domínio exercido pela figura paterna no passado. Eventualmente, em casos de família homoafetiva, o poder familiar pode ser exercido por dois homens ou por duas mulheres, sem qualquer ressalva no tratamento da matéria.

Segundo o art. 1.630 do CC, "os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores". Quanto a esse comando legal prevê o Enunciado n. 112 do CJF/STJ que: "Em acordos celebrados antes do advento do novo Código, ainda que expressamente convencionado que os alimentos cessarão com a maioridade, o juiz deve ouvir os interessados, apreciar as circunstâncias do caso concreto e obedecer ao princípio *rebus sic stantibus*". O enunciado doutrinário pretende sanar eventual conflito de direito intertemporal. Com a redução da maioridade civil e com o fim do poder familiar aos 18 anos do filho, os alimentos também podem cessar antes do período fixado entre as partes. Para tanto, devem ser analisadas as circunstâncias fáticas que envolvem a lide.

Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais e na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade (art. 1.631). Divergindo os pais no

tocante ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para a solução do desacordo (art. 1.631, parágrafo único, do CC). Mais uma vez, o Código Civil atribui a solução ao Poder Judiciário, criando mais uma ação: a de solução de divergência quanto ao poder familiar.

Determina o art. 1.632 do CC que "a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos". O dispositivo acaba trazendo um direito à convivência familiar e, ao seu lado, um dever dos pais de terem os filhos sob sua companhia. Nessa norma reside fundamento jurídico substancial para a *responsabilidade civil por abandono afetivo*, eis que a companhia inclui o afeto, a interação entre pais e filhos. Anote-se, mais uma vez, que a menção à separação judicial deve ser vista com ressalvas, eis que a categoria foi extinta pela *Emenda do Divórcio* (Emenda Constitucional 66/2010).

Encerrando as regras gerais quanto ao poder familiar, enuncia o art. 1.633 do CC que o filho, não reconhecido pelo pai, fica sob poder familiar exclusivo da mãe. Mas, se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, o poder familiar será exercido por um tutor.

O exercício do poder familiar está tratado no art. 1.634 da codificação privada, recentemente alterado pela Lei 13.058/2014, trazendo as atribuições desse exercício que compete aos pais, verdadeiros deveres legais, a saber:

a) Dirigir a criação e a educação dos filhos.
b) Exercer a guarda unilateral ou compartilhada, conforme alterado pela recente *Lei da Guarda Compartilhada (ou Alternad Obrigatória*, tema tratado anteriormente nesta obra.
c) Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem.
d) Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior, o que também foi incluído pela Lei 13.058/2014.
e) Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município, outra inclusão legislativa recente, pela mesma norma citada.
f) Nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercer o poder familiar.
g) Representá-los, judicial ou extrajudicialmente até os 16 anos, nos atos da vida civil e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindolhes o consentimento. Aqui houve outra alteração pela Lei 13.058/2014, com a menção aos atos extrajudiciais.
h) Reclamá-los de quem ilegalmente os detenha.
i) Exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Em relação à última atribuição, o preceito deve ser lido à luz da dignidade humana e da proteção integral da criança e do adolescente.

De início, porque a exigência de obediência não pode ser desmedida, sendo vedados maus-tratos e relação ditatorial. Havendo excessos nesse exercício, estará configurado o abuso de direito, o que pode repercutir, em casos de danos, na esfera da responsabilidade civil (arts. 187 e 927 do

CC). Como consequência, além da suspensão ou destituição do poder familiar, o pai ou a mãe poderá ser condenado a pagar indenização por danos morais aos filhos se os maus-tratos estiverem presentes.

Sobre tal delicada situação, entrou em vigor no Brasil a Lei 13.010/2014, conhecida como *Lei da Palmada* ou *Lei Menino Bernardo*, em homenagem à criança vítima de violências praticadas pelo pai e pela madrasta. A nova norma alterou dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, passando a prever o seu art. 18-A que a criança e o adolescente têm o direito de ser educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar deles, tratá-los, educá-los ou protegê-los.

A lei define as práticas que são vedadas. Assim, considera-se castigo físico a ação de natureza disciplinar ou punitiva aplicada com o uso da força física sobre a criança ou o adolescente que resulte em sofrimento físico ou em lesão. O tratamento cruel ou degradante é conceituado pela norma como a conduta ou forma cruel de tratamento, em relação à criança ou ao adolescente que a humilhe, a ameace gravemente ou a ridicularize.

Em complemento, conforme o novo art. 18-B do ECA os pais, os integrantes da família ampliada, os responsáveis, os agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou qualquer pessoa encarregada de cuidar de crianças e de adolescentes, tratá-los, educá-los ou protegê-los que utilizarem castigo físico ou tratamento cruel ou degradante como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto estarão sujeitos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, às seguintes medidas, que serão aplicadas de acordo com a gravidade do caso: *a)* encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família; *b)* encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; *c)* encaminhamento a cursos ou programas de orientação; *d)* obrigação de encaminhar a criança a tratamento especializado; e *e)* advertência. Todas essas medidas serão aplicadas pelo Conselho Tutelar, sem prejuízo de outras providências legais, caso da responsabilização civil antes citada.

Seguindo no estudo do inciso VII do art. 1.634 da codificação, os pais não podem explorar economicamente os filhos, exigindo-lhes trabalhos que não são próprios de sua idade ou formação. Como se sabe, a exploração do trabalho infantil é um mal que assola todo o País. Em casos de abuso, mais uma vez, o poder familiar pode ser suspenso ou extinto, cabendo também a aplicação das regras da responsabilidade civil (art. 187 c/c o art. 927 do CC).

Ainda no que concerne aos efeitos do poder familiar, o pai e a mãe, enquanto no seu exercício, devem ser tratados como usufrutuários dos bens dos filhos (usufruto legal); e têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade (art. 1.689 do CC).

Em continuidade, “compete aos pais e, na falta de um deles, ao outro, com exclusividade, representar os filhos menores de 16 anos, bem como assisti-los até completarem a maioridade ou serem emancipados” (art. 1.690 do CC). Os pais devem decidir em comum as questões relativas aos filhos e a seus bens. Havendo divergência quanto a essa administração, a lei consagra a possibilidade de qualquer um deles recorrer ao juiz para a solução necessária (art. 1.690, parágrafo único, do CC).

No plano dessa administração, os pais não podem alienar ou gravar de ônus real os imóveis dos filhos, nem contrair, em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração (art. 1.691 do CC). Isso, salvo por necessidade ou evidente interesse da prole, mediante prévia autorização do juiz. Se tais atos de alienação ou disposição forem realizados sem autorização, deverão ser tidos como nulos, havendo previsão de *nulidade textual* (art. 1.691, parágrafo único, do CC). A norma é de ordem pública, tutelando os vulneráveis. Nesse sentido, com interessante aplicação, transcreve-se, do Tribunal Paulista:

> “Alvará judicial. Requerimento por menor visando o recebimento dos saldos do FGTS e PIS-PASEP deixados pelo pai falecido em acidente de trânsito. Pedido, também, de alvará para recebimento do seguro obrigatório (DPVAT). Alvarás deferidos e cumpridos, com depósito dos valores em conta judicial. Pretensão dos advogados que patrocinaram os interesses do menor a levantar a parcela correspondente aos valores dos honorários contratados por escrito pelo menor representado pela mãe. Contratos nulos, posto celebrados em desacordo com a regra de ordem pública do artigo 1.691 do Código Civil, que exige prévia autorização judicial para os atos que ultrapassem os limites de simples administração dos direitos dos incapazes. Autorização que certamente não seria concedida já que o menor e sua mãe são pessoas muito pobres e seriam encaminhadas ao patrocínio da Defensoria Pública. Recurso prejudicado e anulação de ofício dos aludidos contratos” (TJSP, Agravo de Instrumento 589.120.4/9, Acórdão 3352934, São Paulo, 2.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Morato de Andrade, j. 18.11.2008, *DJESP* 14.01.2009).

O próprio art. 1.691 do Código Civil consagra a legitimidade dos filhos, herdeiros e representante legal do menor para propor a ação declaratória de nulidade absoluta do ato. Como a norma é especial quanto à legitimidade, compreende-se que o Ministério Público não a tem, não sendo o caso de se aplicar o art. 168 do CC. Por outra via, “sempre que no exercício do poder familiar colidir o interesse dos pais com o do filho, a requerimento deste ou do Ministério Público, o juiz lhe dará curador especial.” Aqui a legitimidade do MP é clara e especificada em lei (art. 1.692 do CC).

Devem ser excluídos do usufruto legal e da administração dos pais os bens adquiridos pelo filho havido fora do casamento, antes do reconhecimento pelo pai; os valores auferidos pelo filho maior de 16 anos, no exercício de atividade profissional e os bens com tais recursos adquiridos; os bens deixados ou doados ao filho, sob a condição de não serem usufruídos, ou administrados, pelos pais; os bens que aos filhos couberem na herança, quando os pais forem excluídos da sucessão (art. 1.693 do CC).

O art. 1.635 do CC/2002 lista as hipóteses em que é extinto o poder familiar:

- Pela morte dos pais ou do filho, eis que o poder familiar tem caráter personalíssimo.
- Pela emancipação, nos termos do art. 5.º, parágrafo único, do CC; já que esta antecipa os efeitos da maioridade para fins civis.
- Pela maioridade, aos 18 anos, não havendo mais razão para o poder familiar, diante da independência obtida com a maioridade.
- Pela adoção, diante do rompimento de vínculo em relação à família anterior.
- Diante de decisão judicial, nos casos do art. 1.638 do CC.

Em relação ao art. 1.638 do CC, o comando legal em questão trata dos fundamentos da destituição do poder familiar por sentença judicial. Esses motivos para a destituição são: o castigo imoderado do filho, o abandono do filho, a prática de atos contrários à moral e aos bons costumes e a incidência reiterada nas faltas previstas no art. 1.637 do CC.

Enuncia o último dispositivo que "se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha." Ato contínuo, suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão (art. 1.637, parágrafo único, do CC).

A previsão a respeito das *faltas reiteradas* previstas no art. 1.637 é a grande novidade do dispositivo (art. 1.638, IV). Segundo Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado, o novo dispositivo veio alterar substancialmente o tratamento do tema, não havendo mais um rol taxativo (*numerus clausus*) a fundamentar a destituição do poder familiar.[178] Como se sabe, é nova tendência do Direito Privado atual entender que as relações constantes em lei não são taxativas, mas exemplificativas (*numerus apertus*).

Instituto correlato ao poder familiar muito explorado nos últimos anos pela doutrina e pela jurisprudência contemporâneas é *alienação parental ou implantação das falsas memórias*. Sobre o tema, são as lições de Maria Berenice Dias:

> "Esse tema começa a despertar a atenção, pois é prática que vem sendo utilizada de forma recorrente e irresponsável. Muitas vezes, quando da ruptura da vida conjugal, um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação e o sentimento de rejeição, de traição, faz surgir um desejo de vingança: desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-parceiro. Nada mais do que uma 'lavagem cerebral' feita pelo genitor alienador no filho, de modo a denegrir a imagem do outro genitor, narrando maliciosamente fatos que não ocorreram e não aconteceram conforme a descrição dada pelo alienador. Assim, o infante passa aos poucos a se convencer da versão que lhe foi implantada, gerando a nítida sensação de que essas lembranças de fato aconteceram. Isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo entre o genitor e o filho. Restando órfão do genitor alienado, acaba se identificando com o genitor

patológico, passando a aceitar como verdadeiro tudo que lhe é informado".[179]

No âmbito jurisprudencial, já se entendia que a alienação parental poderia levar à perda da guarda pelo genitor; bem como provocar discussão a respeito da destituição do poder familiar. Ilustrando, podem ser transcritas as seguintes ementas:

> "Destituição do poder familiar. Abuso sexual. Síndrome da alienação parental. Estando as visitas do genitor à filha sendo realizadas junto a serviço especializado, não há justificativa para que se proceda a destituição do poder familiar. A denúncia de abuso sexual levada a efeito pela genitora não está evidenciada, havendo a possibilidade de se estar frente à hipótese da chamada síndrome da alienação parental. Negado provimento" (TJRS, Agravo de Instrumento 70015224140, 7.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Maria Berenice Dias, decisão de 12.06.2006).
>
> "Regulamentação de visitas. Guarda da criança concedida ao pai. Visitas provisórias da mãe. Necessidade. Preservação do superior interesse da menor. Síndrome da alienação parental. Sentença de improcedência mantida. Recurso improvido, com determinação" (TJSP, Apelação com Revisão 552.528.4/5, Acórdão 2612430, Guarulhos, 8.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Caetano Lagrasta, j. 14.05.2008, *DJESP* 20.06.2008).

Acompanhando toda essa evolução da doutrina e da jurisprudência, foi promulgada a Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010, conhecida como *Lei da Alienação Parental*. Nos termos do art. 2.º da nova norma, "considera-se alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este". O comando exemplifica algumas situações concretas de alienação parental:

a) Realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade.
b) Dificultar o exercício da autoridade parental.
c) Dificultar contato de criança ou adolescente com genitor.
d) Dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar.
e) Omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço.
f) Apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente.
g) Mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Enuncia-se que "a prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, *constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente* e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda" (art. 3.º). Desse modo, não há dúvida que, além das consequências para o poder familiar, a alienação

parental pode gerar a responsabilidade civil do alienador, por abuso de direito (art. 187 do CC).

Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente (art. 4.º da Lei 12.318/2010). Isso, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso. Conforme decisão do Superior Tribunal de Justiça do ano de 2014, essa última norma gera a conclusão de incidência do Código de Processo Civil para os casos de alienação parental. Nos termos da publicação constante do *Informativo* n. *538* do Tribunal da Cidadania, "a Lei 12.318/2010 prevê que o reconhecimento da alienação parental pode se dar em ação autônoma ou incidentalmente, sem especificar, no entanto, o recurso cabível, impondo, neste aspecto, a aplicação das regras do CPC. A decisão que, de maneira incidente, enfrenta e resolve a existência de alienação parental antes de decidir sobre o mérito da principal não encerra a etapa cognitiva do processo na primeira instância. Portanto, esse ato judicial tem natureza de decisão interlocutória (art. 162, § 2.º, do CPC) e, por consequência, o recurso cabível, nessa hipótese, é o agravo (art. 522 do CPC). Cabe ressaltar que seria diferente se a questão fosse resolvida na própria sentença, ou se fosse objeto de ação autônoma, como prevê a Lei 12.318/2010, hipóteses em que o meio de impugnação idôneo seria a apelação, porque, nesses casos, a decisão poria fim à etapa cognitiva do processo em primeiro grau" (STJ, REsp. 1.330.172/MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 11.03.2014).

Ainda nos termos da novel legislação, deve-se assegurar à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas (art. 4.º, parágrafo único, da Lei 12.318/2010).

Em havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial (art. 5.º, *caput*, da Lei 12.318/2010). O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor (§ 1.º). A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental (§ 2.º). O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em

justificativa circunstanciada (§ 3.º).

No plano concreto, prevê o art. 6.º da lei específica que estando caracterizada a alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, poderá o juiz, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

I) Declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador.

II) Ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado.

III) Estipular multa ao alienador.

IV) Determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial.

V) Determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão.

VI) Determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente.

VII) Declarar a suspensão da autoridade parental.

Caracterizada a mudança abusiva de endereço, a inviabilização ou a obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar (art. 6.º, parágrafo único, da Lei 12.318/2010).

Como se pode notar, as medidas são bem mais amplas do que vinha entendendo a jurisprudência anterior, o que representa notável avanço. Não há previsão da destituição total do poder familiar, mas apenas de sua suspensão.

A respeito da atribuição ou alteração da guarda, deve-se dar preferência ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor nas hipóteses em que seja inviável a guarda compartilhada (art. 7.º). Desse modo, a solução passa a ser a *guarda unilateral*, quebrando-se a regra da guarda compartilhada constante dos arts. 1.583 e 1.584 do CC.

Por fim, enuncia-se processualmente que a alteração de domicílio da criança ou adolescente é irrelevante para a determinação da competência relacionada às ações fundadas em direito de convivência familiar, salvo se decorrente de consenso entre os genitores ou de decisão judicial (art. 8.º). Não se pode esquecer, no contexto processual, do teor da Súmula 383 do STJ, pela qual a competência para processar e julgar as ações conexas de interesse de menor é, em princípio, do foro do domicílio do detentor de sua guarda.

Superado o estudo da alienação parental, quanto à extinção do poder familiar, o pai ou a mãe que contrair novas núpcias, ou estabelecer união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar (art. 1.636 do CC). Em relação ao seu exercício, por razões óbvias, não haverá qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro. A

mesma regra vale para o pai ou a mãe solteiros, que tiverem filhos sob poder familiar e que casarem ou estabelecerem união estável (art. 1.636, parágrafo único, do CC).

8.6 DOS ALIMENTOS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

8.6.1 Conceito e pressupostos da obrigação alimentar

Com base nos ensinamentos de Orlando Gomes e Maria Helena Diniz, os alimentos podem ser conceituados como as prestações devidas para a satisfação das necessidades pessoais daquele que não pode provê-las pelo trabalho próprio.[180] Aquele que pleiteia os alimentos é o *alimentando* ou *credor*; o que os deve pagar é o *alimentante* ou *devedor*.

O pagamento desses alimentos visa à pacificação social, estando amparado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar, ambos de índole constitucional. No plano conceitual e em sentido amplo, os alimentos devem compreender as necessidades vitais da pessoa, cujo objetivo é a manutenção da sua dignidade: a alimentação, a saúde, a moradia, o vestuário, o lazer, a educação, entre outros. Em suma, os alimentos devem ser concebidos dentro da ideia de *patrimônio mínimo*.[181]

Diante dessa proteção máxima da pessoa humana, precursora da *personalização do Direito Civil*, e em uma perspectiva civil-constitucional, o art. 6.º da CF/1988 *serve como uma luva* para preencher o conceito de alimentos. Esse dispositivo do Texto Maior traz como conteúdo os direitos sociais que devem ser oferecidos pelo Estado, a saber: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados. Cumpre destacar que a menção à alimentação foi incluída pela Emenda Constitucional n. 64, de 4 de fevereiro de 2010, o que tem relação direta com o tema aqui estudado.

Pois bem, nos termos dos arts. 1.694 e 1.695 do CC, os pressupostos para o dever de prestar alimentos são os seguintes:

→ Vínculo de parentesco, casamento ou união estável, inclusive homoafetiva. Em relação ao parentesco, deve ser incluída a parentalidade socioafetiva, conforme o Enunciado n. 341 do CJF/STJ (“Para os fins do art. 1.696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar”).

→ Necessidade do alimentando ou credor.

→ Possibilidade do alimentante ou devedor. Para a verificação dessa possibilidade, poderão ser analisados os sinais exteriores de riqueza do devedor, conforme reconhece o Enunciado n. 573 do CJF/STJ, da *VI Jornada de Direito Civil* (2013).

Como é notório, os dois últimos elementos constituem o famoso *binômio alimentar* (necessidade/possibilidade). Cumpre destacar que para alguns doutrinadores já há que se falar em *trinômio*:

- Para Maria Berenice Dias, o trinômio é assim constituído: proporcionalidade/necessidade/possibilidade.[182]
- Para Paulo Lôbo, o trinômio é necessidade/possibilidade/razoabilidade.[183]

De fato, a razoabilidade ou proporcionalidade deve ser elevada à condição de requisito fundamental para se pleitear os alimentos. Sendo assim, é possível rever aquela antiga ideia de que os alimentos visam à manutenção do *status quo* da pessoa que os pleiteia. Concretamente, é irrazoável pensar que uma mulher jovem, que tem plena condição e formação para o trabalho, pode pleitear alimentos do ex-marido, mantendo-se exclusivamente pela condição de ex-cônjuge. A questão foi analisada indiretamente em paradigmático julgado do STJ:

> "No que toca à genérica disposição legal contida no art. 1.694, *caput*, do CC/2002, referente à compatibilidade dos alimentos prestados com a condição social do alimentado, é de todo inconcebível que ex-cônjuge, que pleiteie alimentos, exija-os com base no simplista cálculo aritmético que importe no rateio proporcional da renda integral da desfeita família; isto porque a condição social deve ser analisada à luz de padrões mais amplos, emergindo, mediante inevitável correlação com a divisão social em classes, critério que, conquanto impreciso, ao menos aponte norte ao julgador que deverá, a partir desses valores e das particularidades de cada processo, reconhecer ou não a necessidade dos alimentos pleiteados e, se for o caso, arbitrá-los. Por restar fixado pelo Tribunal Estadual, de forma induvidosa, que a alimentanda não apenas apresenta plenas condições de inserção no mercado de trabalho como também efetivamente exerce atividade laboral, e mais, caracterizada essa atividade como potencialmente apta a mantê-la com o mesmo *status* social que anteriormente gozava, ou ainda alavancá-la a patamares superiores, deve ser julgado procedente o pedido de exoneração deduzido pelo alimentante em sede de reconvenção e, por consequência, improcedente o pedido de revisão de alimentos formulado pela então alimentada. Recurso especial conhecido e provido" (STJ, REsp 933.355/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 25.03.2008, *DJ* 11.04.2008, p. 1).

Tal decisão inaugurou, naquele Tribunal, a conclusão segundo a qual os alimentos entre os cônjuges têm caráter excepcional, pois aquele que tem condições laborais deve buscar o seu sustento pelo esforço próprio. Outras decisões da Corte e de Tribunais Estaduais passaram a seguir tal correto entendimento, consentâneo com a plena inserção da mulher no mercado de trabalho.

Ademais, realçando o quesito da proporcionalidade na relação de filiação, enuncia o art. 1.703 do CC que "para a manutenção dos filhos, os cônjuges separados judicialmente contribuirão na proporção de seus recursos." Mais uma vez o dispositivo deve ser visto com ressalvas diante da *Emenda do Divórcio*, que retirou do sistema a separação judicial. Assim, a este autor parece que a norma se aplica apenas às pessoas que se encontrem separadas na entrada em vigor da alteração do Texto.

Superado esse ponto, tornou-se comum, na jurisprudência, a fixação dos alimentos em um terço dos rendimentos do alimentante, proporção esta que não consta da lei, não sendo, portanto,

obrigatória. Em casos envolvendo pessoas de baixa renda, aliás, essa fração, muitas vezes, constitui valor inalcançável. Imagine-se, por exemplo, a hipótese em que um pai tem quatro filhos de quatro relacionamentos distintos. Justamente por isso, conforme a nossa melhor jurisprudência, essa fração também deve ser analisada dentro da ideia do binômio (ou trinômio) alimentar (nesse sentido, ver: TJSP, Apelação Cível 279.689-4/9, Caçapava, 4.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Carlos Stroppa, 11.12.2003, v.u.).

Superado o estudo dos conceitos iniciais, parte-se à abordagem das principais características da obrigação alimentar.

8.6.2 Características da obrigação de alimentos

A obrigação alimentar e o correspondente direito aos alimentos têm características únicas, que os distinguem de todos os outros direitos e obrigações (obrigação *sui generis*). Tanto isso é verdade que o inadimplemento da obrigação de prestar alimentos fundados em vínculo de Direito de Família (*alimentos familiares*) possibilita a prisão do devedor (art. 5.º, LXVII, da CF/1988).

Em reforço, a demonstrar tal qualidade especial, cabem meios excepcionais de execução para que o crédito seja satisfeito. A título de exemplo, cite-se o teor do Enunciado n. 572 do CJF/STJ, da *VI Jornada de Direito Civil* (2013), pelo qual, mediante ordem judicial, é admissível, para a satisfação do crédito alimentar atual, o levantamento do saldo de conta vinculada ao FGTS. Conforme o teor das justificativas do enunciado doutrinário, “embora admitida a coerção pessoal, muitas vezes os alimentandos encontram dificuldades em receber o que lhes é de direito. Em algumas oportunidades, o próprio devedor resiste de boa-fé, por não possuir os recursos suficientes para adimplir a pensão. Em tal contexto, uma alternativa viável seria a retirada dos valores depositados na conta vinculada ao FGTS para a satisfação do crédito. Muitos princípios poderiam ser invocados em prol dessa solução. Inicialmente, ambas as partes terão a sua dignidade reconhecida, pois o credor receberá a pensão, enquanto o devedor se livrará do risco de prisão civil. A menor onerosidade da medida é nítida. A jurisprudência do STJ orienta-se pela admissão da orientação do enunciado: AgRg no RMS n. 34.708/SP, AgRg no RMS n. 35.010/SP e AgRg no RMS n. 34.440/SP”.

Não se pode esquecer, ademais, que tal obrigação está mais fundada em direitos existenciais de personalidade do que em direitos patrimoniais. Vejamos as suas características.

a) Obrigação que gera um direito personalíssimo

No que tange ao credor ou alimentando, o direito aos alimentos é personalíssimo, uma vez que somente aquele que mantém relação de parentesco, casamento ou união estável com o devedor ou alimentante pode pleiteá-los (caráter *intuitu personae)*. Por isso, o direito a alimentos não se

transmite aos herdeiros do *credor*.

b) Reciprocidade

A obrigação de alimentos é recíproca entre cônjuges e companheiros (art. 1.694 do CC). A reciprocidade do mesmo modo existe entre pais e filhos, sendo extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns na falta de outros (art. 1.696 do CC). Em complemento, preconiza o art. 1.697 do CC que, na falta de ascendentes, cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem sucessória. Na falta de descendentes e ascendentes, os alimentos poderão ser pleiteados aos irmãos, germanos ou bilaterais (mesmo pai e mesma mãe) e unilaterais (mesmo pai ou mesma mãe).

Pode-se afirmar que ambos os dispositivos trazem ordem a ser seguida quando se pleiteia os alimentos decorrentes do parentesco:

1.º) Ascendente: o grau mais próximo exclui o mais remoto.
2.º) Descendentes: o grau mais próximo exclui o mais remoto.
3.º) Irmão: primeiro os bilaterais, depois os unilaterais.

Insta saber se os tios, tios-avôs, sobrinhos, sobrinhos-netos e primos são obrigados a prestar alimentos, eis que são parentes colaterais. Pelo que consta literalmente da norma, não há que se falar em obrigação de prestar alimentos (nesse sentido: TJSP, Apelação Cível 362.878-4/1/Ribeirão Preto, 4.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Natan Zelinschi de Arruda, 06.01.2005, v.u.).

Porém, a questão não é pacífica, pois há quem entenda de forma contrária, caso de Maria Berenice Dias. São suas palavras:

> "O silêncio não exclui os demais parentes do encargo alimentar. O silêncio não significa que tenham os demais sido excluídos do dever de pensionar. Os encargos alimentares seguem os preceitos gerais: na falta dos parentes mais próximos são chamados os mais remotos, começando pelos ascendentes, seguidos dos descendentes. Portanto, na falta de pais, avós e irmãos, a obrigação passa aos tios, tios-avôs, depois aos sobrinhos, sobrinhos-netos e, finalmente, aos primos".[184]

Conforme já sustentado em obra escrita em coautoria com José Fernando Simão, parece-nos que tem razão a doutrinadora gaúcha, pois se esses colaterais são herdeiros, tendo direitos, também têm obrigações, caso de prestar alimentos. Em outras palavras, *se têm bônus, também têm ônus*.[185]

Ainda de acordo com a literalidade da norma, não há obrigação de alimentos entre os parentes afins (situação da sogra, do sogro, do genro e da nora; do padrasto, da madrasta, do enteado e da enteada). Porém, a respeito da afinidade na linha reta descendente, há uma tendência de se reconhecer alimentos, notadamente na relação entre padrasto ou madrasta e enteado ou enteada. Isso

porque entrou em vigor no Brasil a Lei 11.924/2009, que possibilita que a enteada ou o enteado utilize o sobrenome do padrasto ou madrasta, desde que exista justo motivo para tanto (art. 57, § 8.º, da Lei 6.015/1973). Parece limitado pensar que o vínculo estabelecido entre tais pessoas será apenas para os fins de uso do nome, principalmente em tempos de valorização da socioafetividade, presente muitas vezes nesses relacionamentos. Assim, quiçá no futuro, surgirão outros entendimentos pela existência da obrigação alimentar em tais relações.

c) Irrenunciabilidade

O CC/2002 é expresso ao vedar a renúncia aos alimentos. Prevê o seu art. 1.707 que "Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora". Segue-se, em parte, o entendimento que constava da Súmula 379 do STF ("No acordo de desquite, não se admite renúncia aos alimentos, que poderão ser pleiteados ulteriormente, verificados os pressupostos legais"). Mais uma vez repise-se que a separação judicial não mais existe no sistema jurídico nacional, diante da *Emenda do Divórcio (EC 66/2010)*.

Porém, apesar da literalidade da norma, destaque-se que a maioria da doutrina e da jurisprudência entende pela possibilidade de renúncia a alimentos quando da separação de direito, do divórcio e da dissolução da união estável. Sintetizando essa corrente, o Enunciado n. 263 do CJF/STJ, da *III Jornada de Direito Civil*: "O art. 1.707 do Código Civil não impede seja reconhecida válida e eficaz a renúncia manifestada por ocasião do divórcio (direto ou indireto) ou da dissolução da 'união estável'. A irrenunciabilidade do direito a alimentos somente é admitida enquanto subsista vínculo de Direito de Família". Cumpre mais uma vez ressaltar que as discussões relativas à separação judicial perdem relevo, diante de sua extinção pela *Emenda do Divórcio*. De toda sorte, o debate é mantido em relação ao divórcio e à dissolução da união estável, bem como quanto às pessoas que já se encontravam separadas antes da EC 66/2010.

No plano jurisprudencial, a respeito da renúncia aos alimentos, não é diferente a conclusão do STJ:

> "Processual civil. Embargos Declaratórios. Recebimento como agravo regimental. Renúncia. Alimentos decorrentes do casamento. Validade. Partilha. Possibilidade de procrastinação na entrega de bens. Participação na renda obtida. Requerimento pela via própria. 1. Admitem-se como agravo regimental embargos de declaração opostos a decisão monocrática proferida pelo relator do feito no Tribunal, em nome dos princípios da economia processual e da fungibilidade. 2. A renúncia aos alimentos decorrentes do matrimônio é válida e eficaz, não sendo permitido que o ex-cônjuge volte a pleitear o encargo, uma vez que a prestação alimentícia assenta-se na obrigação de mútua assistência, encerrada com a separação ou o divórcio. 3. A fixação de prestação alimentícia não serve para coibir eventual possibilidade de procrastinação da entrega de bens, devendo a parte pleitear, pelos meios adequados, a participação na renda auferida com a exploração de seu patrimônio. 4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, a que se nega provimento" (STJ, EDcl no REsp 832.902/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 4.ª Turma, j. 06.10.2009, *DJe* 19.10.2009).

> "Direito civil e processual civil. Família. Recurso especial. Separação judicial. Acordo homologado. Cláusula de renúncia a alimentos. Posterior ajuizamento de ação de alimentos por ex-cônjuge. Carência de ação. Ilegitimidade ativa. A cláusula de renúncia a alimentos, constante em acordo de separação devidamente homologado, é válida e eficaz, não permitindo ao ex-cônjuge que renunciou, a pretensão de ser pensionado ou voltar a pleitear o encargo. Deve ser reconhecida a carência da ação, por ilegitimidade ativa do ex-cônjuge para postular em juízo o que anteriormente renunciara expressamente" (STJ, REsp 701.902/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 15.09.2005, *DJ* 03.10.2005, p. 249).

Do mesmo modo, admitindo implicitamente essa renúncia aos alimentos, a anterior Súmula 336 do STJ: "A mulher que renunciou aos alimentos na separação judicial tem direito à pensão previdenciária por morte do ex-marido, comprovada a necessidade econômica superveniente". Mais uma vez, diante da emergência da *Emenda do Divórcio*, a súmula perdeu em parte a sua eficácia. Isso porque não há mais no sistema a separação judicial e, no caso de divórcio, não há que se falar em benefício previdenciário. Na verdade, somente subsiste a súmula para o caso das pessoas separadas judicialmente antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional 66/2010, havendo direito adquirido em relação ao citado benefício.

Pois bem, apesar do entendimento de admissibilidade da renúncia aos alimentos, conforme manifestação já constante de obra escrita com José Fernando Simão, este autor entende que os alimentos são sempre irrenunciáveis.[186] Isso porque o art. 1.707 está em total sintonia com o art. 11 do CC pelo qual os direitos da personalidade são, em regra, irrenunciáveis. Como outrora exposto, os alimentos são inerentes à dignidade da pessoa humana, sendo o direito aos mesmos um verdadeiro direito da personalidade. Assim, a melhor conclusão parece ser que é possível abrir mão de forma temporária aos alimentos, mas nunca é possível renunciá-lo, conforme está expresso no art. 1.707 do CC.

d) Obrigação divisível (regra) ou solidária (exceção)

Pelo que consta do art. 1.698 do CC, nota-se que a obrigação de prestar alimentos, em regra, é divisível. Enuncia esse comando que "sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos". Ilustrando, se um pai não idoso necessita de alimentos e tem quatro filhos em condições de prestá-los e quer receber a integralidade do valor alimentar, a ação deverá ser proposta em face de todos (*litisconsórcio passivo necessário)*.

Na última situação descrita, caso a ação seja proposta em face de apenas um dos filhos, caberá a aplicação da primeira parte do mesmo art. 1.698 do CC. Segue a sua transcrição integral, para os devidos aprofundamentos:

> "Art. 1.698. Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide".

Seguindo o entendimento de Rodrigo Mazzei, a este autor parece que a hipótese descrita na primeira parte do comando é de um litisconsórcio sucessivo-passivo.[187] Para o autor capixaba, argumento com o qual se concorda, o litisconsórcio é sucessivo-passivo, pois se trata de uma situação de *responsabilidade subsidiária especial*.

Ato contínuo, este autor entende, como parte da doutrina processualista, que as *convocações* dos demais parentes devedores para integrar serão formuladas pelo autor da ação, e não pelo réu.[188] A título de exemplo, um filho pede alimentos ao pai. Notando ele que o pai não tem condições de suportar totalmente o encargo, o próprio autor indicará os avós, que têm responsabilidade subsidiária. A *convocação* pelo autor é mais indicada para a efetiva tutela dos seus direitos. Ademais, o CPC não prevê qualquer forma de intervenção de terceiro que torne viável a convocação pelo réu. Não há que se falar em chamamento ao processo uma vez que, em regra, a obrigação não é solidária. Também não se pode falar em denunciação da lide, pois a hipótese não consta do art. 70 do CPC. Anote-se, contudo, que o STJ já entendeu pelo chamamento ao processo em casos tais, em claro equívoco (REsp 658.139/RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4.ª Turma, j. 11.10.2005, *DJ* 13.03.2006, p. 326).

De toda sorte, anote-se a aprovação de enunciado, na *V Jornada de Direito Civil*, visando a facilitar a compreensão da matéria, possibilitando a citada *convocação* tanto pelo autor quanto pelo réu: "O chamamento dos codevedores para integrar a lide, na forma do art. 1.698 do Código Civil pode ser requerido por qualquer das partes, bem como pelo Ministério Público, quando legitimado" (Enunciado n. 523). A proposta é até louvável, por facilitar a ampla tutela do alimentando, vulnerável na relação jurídica.

No que concerne à responsabilidade subsidiária dos avôs, transcreve-se o Enunciado n. 342 do CJF/STJ: "Observadas as suas condições pessoais e sociais, os avós somente serão obrigados a prestar alimentos aos netos em caráter exclusivo, sucessivo, complementar e não solidário, quando os pais destes estiverem impossibilitados de fazê-lo, caso em que as necessidades básicas dos alimentandos serão aferidas, prioritariamente, segundo o nível econômico-financeiro dos seus genitores". Do mesmo modo vem entendendo a jurisprudência do STJ (REsp 579.385/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 26.08.2004, *DJ* 04.10.2004, p. 291).

Por fim, nos casos em que quem pleiteia os alimentos é idoso, com idade superior a 60 anos, a obrigação passa a ser solidária (art. 12 do Estatuto do Idoso, Lei 10.741/2003). Para essas hipóteses, no exemplo exposto, se o pai que irá pleitear os alimentos dos filhos tiver essa idade, poderá fazê-lo contra qualquer um dos filhos e de forma integral, o que visa proteger o vulnerável, no caso, o idoso. Aqui, o chamamento ao processo, próprio da solidariedade, poderá ser utilizado pelos réus.

Justamente por isso é que se afirma que a obrigação alimentar é divisível em regra, mas solidária em se tratando de alimentando idoso, e, portanto, a natureza jurídica da obrigação alimentar

dependerá de análise de quem está pleiteando os alimentos. Ao presente autor tal diferenciação causa perplexidade, pois a obrigação alimentar deveria ser solidária em qualquer hipótese, seja quem fosse o credor.

e) Obrigação imprescritível

A pretensão aos alimentos é imprescritível, por envolver estado de pessoas e a dignidade humana. Porém, deve-se atentar ao fato de que a pretensão para a cobrança de alimentos fixados em sentença ou ato voluntário prescreve em dois anos, contados a partir da data em que se vencerem (art. 206, § 2.º, do CC).

Além disso, se o alimentando for absolutamente incapaz (menor de 16 anos, por exemplo), contra ele não corre a prescrição (art. 198, I, do CC). Desse modo, todos os alimentos fixados em sentença e vencidos só terão a prescrição iniciada quando o menor completar 16 anos.

Mais uma regra referente à prescrição da pretensão deve ser lembrada. Se o pai ou a mãe forem os devedores dos alimentos, a prescrição não começa a correr quando o filho se torna relativamente capaz (aos 16 anos), porque, por expressa disposição de lei, a prescrição não corre entre ascendentes e descendentes durante o poder familiar (art. 197, II, do CC). Em suma, em casos tais, a prescrição de dois anos só se inicia, em regra, quando o menor se tornar capaz aos 18 anos, salvo as hipóteses de emancipação.

f) Obrigação incessível e inalienável

O art. 1.707 do CC expressa que a obrigação de alimentos não pode ser objeto de cessão gratuita ou onerosa. Ilustrando, os alimentos não podem ser objeto de cessão de crédito. Os alimentos, do mesmo modo, são inalienáveis, não podendo ser vendidos, doados, locados ou trocados.

g) Obrigação incompensável

O mesmo art. 1.707 do Código Civil veda que a obrigação alimentar seja objeto de compensação. A mesma proibição consta do art. 373, II, do CC. Mais uma vez, apesar da literalidade da lei, parte da doutrina e da jurisprudência entende pela possibilidade de compensação dos alimentos.

Da jurisprudência há decisões que compensam os alimentos pagos a mais pelo devedor, aplicando a vedação do enriquecimento sem causa constante dos arts. 884 a 886 do CC (TJSP, Agravo de Instrumento 394.691-4/7-00/SP, 5.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Silvério Ribeiro, 06.07.2005, *v.u.* e TJSP, Agravo de Instrumento 257.458-4/4/SP, 4.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Armindo Freire Mármora, 06.02.2003, v.u.).

Na doutrina, Rolf Madaleno é um dos defensores da compensação, lecionando que "A proibição da compensação alimentar vem repetida no Código Civil de 2002, mostrando-se como um dos exemplos que reclamam uma profunda reformulação do direito familista, diante da evolução dos costumes e da libertação econômica dos cônjuges e conviventes, já apartados dos tradicionais papéis dedicados exclusivamente aos afazeres domésticos".[189]

Para este autor, mais uma vez, deve prevalecer o texto legal, pelo fato de estarem os alimentos fundados na dignidade humana e em direitos da personalidade, justificando-se plenamente a forte intervenção legislativa.

h) Obrigação impenhorável

Por ser personalíssima, incessível, inalienável, a obrigação de prestar alimentos é absolutamente impenhorável (arts. 1.707 do CC e 649, IV, do CPC).

i) Obrigação irrepetível

A irrepetibilidade dos alimentos é construção antiga, relacionada ao fato de existir uma obrigação moral.[190] Em reforço, vale o argumento da existência de uma obrigação essencialmente satisfativa. Assim, não cabe ação de repetição de indébito para reaver o que foi pago (*actio in rem verso*). Ilustrando, imagine-se que um homem foi enganado quanto à prole por uma mulher, que lhe disse que o filho era seu. Constatada a inexistência de vínculo biológico, via DNA, esse homem não poderá reaver os alimentos pagos, pois esses são irrepetíveis. Porém, poderá ele pleitear indenização por danos morais, diante do engano, como já entendeu o STJ:

> "Responsabilidade civil. Dano moral. Marido enganado. Alimentos. Restituição. A mulher não está obrigada a restituir ao marido os alimentos por ele pagos em favor da criança que, depois se soube, era filha de outro homem. A intervenção do Tribunal para rever o valor da indenização pelo dano moral somente ocorre quando evidente o equívoco, o que não acontece no caso dos autos. Recurso não conhecido" (STJ, REsp 412.684/SP, 4.ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 20.08.2002, publicado em 25.11.2002).

j) Obrigação intransacionável e não sujeita à arbitragem

Por todas as características demonstradas incansavelmente, a obrigação alimentar não pode ser objeto de transação, ou seja, de um contrato pelo qual a dívida é extinta por concessões mútuas ou recíprocas (arts. 840 a 850 do CC). Como é notório, apenas quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação (art. 841 do CC). Como outrora exposto, a natureza da obrigação de alimentos é especial, fundada na dignidade humana em direitos da personalidade.

Além de ser intransacionável, a obrigação alimentar não pode ser objeto de compromisso ou arbitragem. Enuncia o art. 852 do CC que está vedado o compromisso para solução de questões de

estado e de direito pessoal de família, caso dos alimentos.

k) Obrigação transmissível

É a expressão do art. 1.700 do CC/2002: "A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694". Como se nota, há transmissibilidade da obrigação de alimentos em relação aos herdeiros do devedor.

A grande polêmica está em saber quais são os limites dessa transmissão. Prevalece o entendimento de que essa ocorre nos limites da herança, conforme se extrai do Enunciado n. 343 do CJF/STJ, da *IV Jornada de Direito Civil:* "A transmissibilidade da obrigação alimentar é limitada às forças da herança". Essa também é a opinião de Maria Berenice Dias.[191] Há julgados que concluem desse modo (TJSP, Apelação com Revisão 566.878.4/9, Acórdão 3361037, Itatiba, 3.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Jesus de Nazareth Lofrano, j. 18.11.2008, *DJESP* 15.01.2009).

A questão, contudo, não é pacífica. Anotam Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado que os herdeiros não respondem somente até os limites das dívidas do alimentante vencidas enquanto este era vivo, havendo uma assunção da obrigação alimentar, de forma continuada, "figurando a remissão ao art. 1.694 no sentido de a obrigação ser assumida pelos herdeiros, em conformidade com os seus recursos pessoais, o que pode implicar em revisionamento da obrigação".[192] Este autor filia-se a essa corrente, pois o art. 1.700 do CC faz menção ao art. 1.694, e não ao art. 1.792, que trata da responsabilidade dos herdeiros até as forças da herança.

Por fim, anote-se que o STJ entende que para que o espólio tenha responsabilidade pelos alimentos há necessidade de condenação prévia do devedor falecido: "Direito Civil. Ação de alimentos. Espólio. Transmissão do dever jurídico de alimentar. Impossibilidade. 1. Inexistindo condenação prévia do autor da herança, não há por que falar em transmissão do dever jurídico de prestar alimentos, em razão do seu caráter personalíssimo e, portanto, intransmissível. 2. Recurso especial provido" (STJ, REsp 775.180/MT, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 4.ª Turma, j. 15.12.2009, *DJe* 02.02.2010).

Mais recentemente, a premissa foi aplicada em caso envolvendo a ex-estudante de Direito Suzane Von Richthofen, condenada a 38 anos de reclusão pelo envolvimento no homicídio dos pais, que pleiteava o pagamento de verbas alimentares ao espólio de seus genitores. Consta da ementa desse julgamento que, "embora a jurisprudência desta Corte Superior admita, nos termos dos arts. 23 da Lei do Divórcio e 1.700 do Código Civil, que, caso exista obrigação alimentar preestabelecida por acordo ou sentença – por ocasião do falecimento do autor da herança –, possa ser ajuizada ação de alimentos em face do Espólio – de modo que o alimentando não fique à mercê do encerramento do inventário para que perceba as verbas alimentares –, não há cogitar em transmissão do dever jurídico de prestar alimentos, em razão de seu caráter personalíssimo e, portanto, intransmissível". Em complemento, deduziram os julgadores que "igualmente, ainda que não fosse a ação de alimentos

ajuizada em face de espólio, foi manejada quando a autora já havia alcançado a maioridade e extinto o poder familiar. Assim, não há cogitar em concessão dos alimentos vindicados, pois não há presunção de dependência da recorrente, nos moldes dos precedentes desta Corte Superior". Por fim, pontuou o Ministro Relator que "o preso tem direito à alimentação suficiente, à assistência material, à saúde e ao vestuário, enquanto que a concessão de alimentos demanda a constatação ou presunção legal de necessidade daquele que os pleiteia; todavia, na exordial, em nenhum momento a autora afirma ter buscado trabalhar durante o período em que se encontra reclusa, não obstante a atribuição de trabalho e a sua remuneração sejam, conforme disposições da Lei de Execução Penal, simultaneamente um direito e um dever do preso" (STJ, REsp 1.337.862/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4.ª Turma, j. 11.02.2014, *DJe* 20.03.2014).

8.6.3 Principais classificações dos alimentos

I) *Quanto às fontes:*

a) *Alimentos legais*: decorrentes da norma jurídica, estando fundamentados no Direito de Família e decorrentes de casamento, união estável ou relações de parentesco (art. 1.694 do CC). Os citados alimentos igualmente podem ser definidos como *familiares*. Por força da Lei 11.804/2008 também são devidos os *alimentos gravídicos*, ao nascituro e à mulher gestante. Na falta de pagamento desses alimentos, cabe a prisão civil do devedor (art. 5.º, LXVII, da CF/1988). Nesse sentido, o enunciado aprovado na *V Jornada de Direito Civil*, proposto por Jones Figueirêdo Alves: "Cabe prisão civil do devedor nos casos de não prestação de alimentos gravídicos estabelecidos com base na Lei n. 11.804/2008, inclusive deferidos em qualquer caso de tutela de urgência" (Enunciado n. 522).

b) *Alimentos convencionais*: fixados por força de contrato, testamento ou legado, ou seja, que decorrem da autonomia privada do instituidor. Não cabe prisão civil pela falta do seu pagamento, a não ser que sejam legais.

c) *Alimentos indenizatórios, ressarcitórios* ou *indenitários*: são aqueles devidos em virtude da prática de um ato ilícito como, por exemplo, o homicídio, hipótese em que as pessoas que do morto dependiam podem pleiteá-los (art. 948, II, do CC). Também não cabe prisão civil pela falta de pagamento desses alimentos (STJ, HC 92.100/DF, Rel. Min. Ari Pargendler, 3.ª Turma, j. 13.11.2007, *DJ* 01.02.2008, p. 1; STJ, REsp 93.948/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, 3.ª Turma, j. 02.04.1998, *DJ* 01.06.1998, p. 79). Tal categoria é estudada no âmbito da responsabilidade civil.

II) *Quanto à extensão:*

a) *Alimentos civis* ou *côngruos*: visam à manutenção do *status quo ante*, ou seja, a condição anterior da pessoa, tendo um conteúdo mais amplo (art. 1.694 do CC). Em regra, os alimentos são devidos dessa forma, incidindo sempre a razoabilidade.

b) *Alimentos indispensáveis, naturais* ou *necessários*: visam somente ao indispensável à sobrevivência da pessoa, também com dignidade. Englobam alimentação, saúde, moradia e vestuário, sem exageros, dentro do princípio da razoabilidade. Eventualmente, também se pode incluir a educação de menores. Esse conceito ganhou importância com o Código Civil de 2002, pois o culpado pelo fim da união somente poderá pleitear esses alimentos do inocente (art. 1.694, § 2.º, do CC). Isso, desde que não tenha condições para trabalho ou parentes em condições de prestar os alimentos (art. 1.704, parágrafo único, do CC). Todavia, repise-se que há quem entenda, como Paulo Lôbo, que

tal dispositivo está revogado pela alteração do art. 226, § 6.º, da CF/1988 pela *EC do Divórcio*, perdendo importância a presente categorização para parte da doutrina.[193] Essa é a principal polêmica envolvendo a EC 66/2010 e os alimentos.

III) *Quanto ao tempo:*

a) *Alimentos pretéritos*: são os que ficaram no passado e que não podem mais ser pleiteados por regra, eis que o princípio que rege os alimentos é o da *atualidade*. Lembre-se que podem ser cobrados os alimentos já fixados por sentença ou acordo entre as partes, no prazo prescricional de dois anos, contados do seu vencimento (art. 206, § 2.º, do CC).

b) *Alimentos presentes*: são aqueles do momento e que podem ser pleiteados.

c) *Alimentos futuros*: são os alimentos pendentes, que poderão ser pleiteados oportunamente.

IV) *Quanto à forma de pagamento:*

a) *Alimentos próprios* ou *in natura*: pagos em espécie, por meio do fornecimento de alimentação, sustento e hospedagem, sem prejuízo do dever de prestar o necessário para a educação dos menores (art. 1.701, *caput*, do CC).

b) *Alimentos impróprios*: pagos mediante pensão, o que é mais comum na prática. Cabe ao juiz da causa, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, fixar qual a melhor forma de cumprimento da prestação (art. 1.701, parágrafo único, do CC). Geralmente são fixados em salários-mínimos, sendo esses utilizados como índice de correção monetária (dívida de valor). Esse critério, contudo, não é obrigatório. Nos termos do art. 1.710 do CC/2002 os alimentos fixados devem ser atualizados de acordo com índices oficiais.

V) *Classificação dos alimentos quanto à finalidade:*

a) *Alimentos definitivos* ou *regulares*: fixados definitivamente, por meio de acordo de vontades ou de sentença judicial já transitada em julgado. A Lei 11.441/2007 possibilitou que esses alimentos sejam fixados por escritura pública, quando da separação ou do divórcio extrajudiciais. Apesar da denominação "definitivos", podem ser revistos se ocorrer alteração substancial no binômio ou trinômio alimentar, cabendo majoração, diminuição ou exoneração do encargo (art. 1.699 do CC).

b) *Alimentos provisórios*: fixados antes da sentença na ação de alimentos que segue o rito especial previsto na Lei 5.478/1968 (Lei de Alimentos). Exigem prova pré-constituída do parentesco (certidão de nascimento) ou do casamento (certidão de casamento). Têm natureza de antecipação dos efeitos da sentença (*tutela de urgência satisfativa*).[194]

c) *Alimentos provisionais*: estipulados em outras ações que não seguem o rito especial mencionado, visando manter a parte que os pleiteia no curso da lide (*ad litem*). São fixados por meio de antecipação de tutela ou em liminar concedida em medida cautelar de separação de corpos em ações em que não há a mencionada prova pré-constituída, caso da ação de investigação de paternidade ou da ação de reconhecimento e dissolução da união estável. Dispõe o art. 1.706 do atual CC que "os alimentos provisionais serão fixados pelo juiz, nos termos da lei processual". Também têm natureza satisfativa, antecipando os efeitos da sentença definitiva.[195]

d) *Alimentos transitórios*: reconhecidos pela mais recente jurisprudência do STJ, são aqueles fixados por determinado período de tempo, a favor de ex-cônjuge ou ex-companheiro, fixando-se previamente o seu termo final. Conforme se extrai de ementa daquele Tribunal Superior, "A obrigação de prestar alimentos transitórios – a tempo certo – é

cabível, em regra, quando o alimentando é pessoa com idade, condições e formação profissional compatíveis com uma provável inserção no mercado de trabalho, necessitando dos alimentos apenas até que atinja sua autonomia financeira, momento em que se emancipará da tutela do alimentante – outrora provedor do lar –, que será então liberado da obrigação, a qual se extinguirá automaticamente" (STJ, REsp 1.025.769/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 24.08.2010, *DJe* 01.09.2010, ver *Informativo* n. *444*).

Observação – A classificação dos alimentos em provisórios e provisionais interessa diretamente à questão da prisão civil. Isso porque, nos termos literais da norma, quanto aos alimentos provisionais, o prazo máximo de prisão é de três meses (art. 733, § 1.º, do CPC). Em relação aos definitivos e provisórios, a prisão não pode ultrapassar 60 dias (art. 19 da Lei 5.478/1968). De todo modo, há julgados que aplicam o prazo menor (60 dias), em benefício do réu preso ou executado (TJMG, HC 1.0000.09.490625-2/0001, Belo Horizonte, 7.ª Câmara Cível, Rel. Desig. Des. Heloisa Combat, j. 24.03.2009, *DJEMG* 22.05.2009 e TJSP, Agravo de Instrumento 582.353.4/0, Acórdão 3302923, General Salgado, 3.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Egidio Jorge Giacoia, j. 21.10.2008, *DJESP* 25.11.2008). Em todos os casos, enuncia a Súmula 309 do STJ que "O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo". Obviamente, a súmula não encerra preceito absoluto. Sendo assim, em casos de devedor contumaz, não há necessidade de se completar os três meses para o decreto da prisão civil.

8.6.4 Extinção da obrigação de alimentos

São hipóteses de extinção da obrigação de prestar alimentos:

– *Morte do credor*. Isso porque a obrigação é personalíssima em relação ao credor (*intuitu personae)*.

– *Alteração substancial no binômio ou trinômio alimentar, ou desaparecimento de um dos seus requisitos (art. 1.699 do CC)*. Com tom didático e exemplar, transcreve-se, do Tribunal Mineiro: "Exoneração de Pensão Alimentícia. Desconfiguração de requisito legal previsto no art. 1695 do Código Civil. Recurso a que se nega provimento. Demonstrado o desaparecimento de um dos pressupostos do art. 1695 do Código Civil, isto é, ou a alimentanda, não necessita mais dos alimentos, visto possuir condição econômica para manter a própria subsistência, ou o alimentante, não possui mais possibilidade econômica de prestar alimentos, já que tal obrigação causa-lhe desfalque do necessário ao seu próprio sustento e de sua família, por força do art. 1699 do Código Civil, possui o alimentante o direito de pleitear a exoneração do dever legal de prestar alimentos" (TJMG, Apelação Cível 1.0024.07.392591-9/0011, Belo Horizonte, 5.ª Câmara Cível, Rel.ª Des.ª Maria Elza de Campos Zettel, j. 18.03.2010, *DJEMG* 09.04.2010).

– *No caso de menores, a obrigação alimentar é extinta quando atingem a maioridade*. Entretanto, por questão de justiça, essa extinção não ocorre de forma automática, sendo necessária uma ação de exoneração para tanto. Prevê a Súmula 358 do STJ que "O cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos". Ato contínuo, o STJ tem entendimento consolidado de que a obrigação do genitor pode continuar tratando-se de filho universitário, até que este encerre os seus estudos (STJ, Ag. Rg. 655.104/SP, 3.ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 28.06.2005). Doutrinariamente, veja-se o Enunciado n. 344 do CJF/STJ: "A obrigação alimentar originada do poder familiar, especialmente para atender às necessidades educacionais, pode não cessar com a maioridade". Todavia, ressalve-se que o STJ entende que o pai não é obrigado a custear o ensino pós-universitário do filho, como no caso de curso de especialização, mestrado ou doutorado. Conforme se extrai de decisão publicada no *Informativo* n. *484* daquela Corte: "o estímulo à qualificação profissional dos filhos não pode ser imposto aos pais de forma perene, sob pena de subverter o instituto da obrigação alimentar oriunda das relações de parentesco, que objetiva preservar as condições mínimas de sobrevida do alimentado. Em rigor, a formação profissional

completa-se com a graduação, que, de regra, permite ao bacharel o exercício da profissão para a qual se graduou, independentemente de posterior especialização, podendo assim, em tese, prover o próprio sustento, circunstância que afasta, por si só, a presunção *iuris tantum* de necessidade do filho estudante. Assim, considerando o princípio da razoabilidade e o momento socieconômico do país, depreende-se que a missão de criar os filhos se prorroga mesmo após o término do poder familiar, porém finda com a conclusão, pelo alimentado, de curso de graduação. A partir daí persistem as relações de parentesco que ainda possibilitam a busca de alimentos, desde que presente a prova da efetiva necessidade. Com essas e outras considerações, a Turma deu provimento ao recurso para desonerar o recorrente da obrigação de prestar alimentos à sua filha" (STJ, REsp. 1.218.510/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 27.09.2011).

– *Dissolução do casamento ou da união estável*. Todavia, o art. 1.709 do CC admite que a sentença de divórcio fixe alimentos (alimentos *pós-divórcio*). Em casos tais, em regra, o novo casamento do cônjuge devedor não extingue a obrigação constante da sentença de divórcio. Porém, ressalte-se que esse novo casamento – uma nova união estável do devedor –, pode gerar uma alteração substancial no binômio, extinguindo-se a obrigação por força do art. 1.699 do CC. Por outra via, nos termos do *caput*, do art. 1.708, do CC, o casamento, a união estável ou o concubinato do credor faz cessar o dever de prestar alimentos. Quanto ao concubinato, prevê o preciso Enunciado n. 265 do CJF/STJ que "Na hipótese de concubinato, haverá necessidade de demonstração de assistência material pelo concubino a quem o credor de alimentos se uniu".

– *Comportamento indigno do credor em relação ao devedor*. Dispõe o parágrafo único, do art. 1.708, do CC, interessante inovação, que "Com relação ao credor cessa, também, o direito a alimentos, se tiver *procedimento indigno* em relação ao devedor" (destacado). A expressão em destaque constitui uma cláusula geral, a ser preenchida pelo aplicador do direito caso a caso. Doutrinariamente, na *III Jornada de Direito Civil* aprovou-se o Enunciado n. 264 do CJF/STJ, *in verbis*: "Na interpretação do que seja procedimento indigno do credor, apto a fazer cessar o direito a alimentos, aplicam-se, por analogia, as hipóteses dos incisos I e II do art. 1.814 do Código Civil". Nesse contexto, em casos de crimes contra a vida ou contra a honra praticados pelo devedor contra o credor justifica-se a extinção dos alimentos por indignidade. Com interessante enfoque prático, leciona Maria Berenice Dias o "conceito de indignidade deve ser buscado nas causas que dão ensejo à revogação da doação (557) ou à declaração de indignidade do herdeiro para afastar o direito à herança (1.814). O exercício da liberdade afetiva do credor não pode ser considerado postura indigna, a dar ensejo à exoneração da obrigação alimentar em favor do ex-cônjuge, mormente quando considerado que, com o término da relação, não mais persiste o dever de fidelidade".[196] Por fim, anote-se que na *IV Jornada de Direito Civil*, foi aprovado o Enunciado n. 345 do CJF/STJ, com a seguinte redação: "O 'procedimento indigno' do credor em relação ao devedor, previsto no parágrafo único do art. 1.708 do Código Civil, pode ensejar a exoneração ou apenas a redução do valor da pensão alimentícia para quantia indispensável à sobrevivência do credor". Dessa forma, é possível que a indignidade gere a redução dos alimentos, principalmente nos casos de patente necessidade do devedor.

8.7 DA TUTELA E DA CURATELA

8.7.1 Da tutela (arts. 1.728 a 1.756 do CC)

A tutela constitui instituto de direito assistencial para a defesa de interesses de menores não emancipados, não sujeitos ao poder familiar, visando a sua proteção. Na verdade, o grande objetivo da tutela é a administração dos bens patrimoniais do menor. Enuncia o art. 1.728 que os filhos menores são postos sob tutela com o falecimento dos pais, ou sendo estes julgados ausentes ou em caso de os pais decaírem do poder familiar.

Conforme leciona Maria Helena Diniz, há na tutela um *munus* público, ou seja, uma atribuição imposta pelo Estado para atender a interesses públicos e sociais.[197] Sem prejuízo do que consta do CC/2002, o ECA (Lei 8.069/1990) consagra no seu art. 28 que a tutela é uma das formas de inserção da criança e do adolescente em família substituta. São partes da tutela: o tutor, aquele que exerce o *munus* público, e o tutelado ou pupilo, menor a favor de quem os bens e interesses são administrados.

Não se pode confundir a tutela com a representação e a assistência. A tutela tem sentido genérico, sendo prevista para a administração geral dos interesses de menores, sejam eles absolutamente (menores de 16 anos – art. 3.º, I, do CC) ou relativamente incapazes (menores entre 16 e 18 anos – art. 4.º, I, do CC). Por outra via, a representação é o instituto que visa atender aos interesses dos menores de 16 anos em casos específicos, para a prática de determinados atos da vida civil. Assim também o é a assistência, mas em relação aos menores entre 16 e 18 anos. Conceito fundamental é a conclusão de que a tutela e o poder familiar não podem coexistir, eis que a tutela visa justamente substituí-lo.

Quanto à origem, a tutela pode ser assim classificada:

> – *Tutela testamentária*: instituída por ato de última vontade, por testamento, legado ou mesmo por codicilo (art. 1.729, parágrafo único, do CC). Essa nomeação de tutor compete aos pais, em conjunto, devendo constar em testamento ou em qualquer outro documento autêntico. Há nulidade absoluta da tutela testamentária se feita por pai ou mãe que não tinha o poder familiar no momento da sua morte (art. 1.730 do CC).
>
> – *Tutela legítima*: na falta de tutor nomeado pelos pais, incumbe a tutela, denominada legítima e prevista no art. 1.731 do CC, aos parentes consanguíneos do menor, por esta ordem: 1.º) aos ascendentes, preferindo o de grau mais próximo ao mais remoto; 2.º) aos colaterais até o terceiro grau (irmãos, tios e sobrinhos), preferindo os mais próximos aos mais remotos, e, no mesmo grau, os mais velhos aos mais moços. Em qualquer desses casos, o juiz escolherá entre eles o mais apto a exercer a tutela em benefício do menor (princípio do melhor ou maior interesse da criança – *best interest of the child* + princípio da proteção integral).
>
> – *Tutela dativa*: na falta de tutela testamentária ou legítima, enuncia o art. 1.732 do CC que o juiz nomeará tutor idôneo e residente no domicílio do menor. Essa mesma forma de tutela é prevista para os casos de exclusão do tutor, escusa da tutela ou quando removidos os tutores legítimos ou testamentários por não serem idôneos.

Em todas essas situações, havendo irmãos órfãos, dar-se-á um só tutor comum (art. 1.733 do CC) – *princípio da unicidade da tutela*. Porém, no caso de ser nomeado mais de um tutor por disposição testamentária e sem indicação de precedência dos irmãos, entende-se que a tutela foi cometida ao primeiro que constar no testamento. Os demais lhe sucederão pela ordem de nomeação, se ocorrer morte, incapacidade, escusa do tutor ou qualquer outro impedimento (art. 1.733, § 1.º, do CC).

Além da instituição testamentária, é possível também nomear o menor como herdeiro ou

legatário, pelo próprio testamento ou legado de nomeação. Nesse caso, caberá ainda a nomeação de um *curador especial* para os bens deixados, ainda que o beneficiário se encontre sob o poder familiar, ou mesmo sob tutela (art. 1.733, § 2.º, do CC).

O art. 1.734 do CC/2002 tratava, na redação original, da *tutela do menor abandonado*, que teria *tutor dativo*, ou seja, nomeado pelo juiz. Sendo impossível a nomeação desse tutor dativo, o menor abandonado seria recolhido a estabelecimento público para este fim destinado. Na falta desse estabelecimento, o menor ficaria sob a tutela das pessoas que, voluntária e gratuitamente, se encarregariam da sua criação, havendo uma inserção em família substituta. O dispositivo foi alterado pela Lei 12.010, de 2009, passando a prescrever que as crianças e os adolescentes cujos pais forem desconhecidos, falecidos ou que tiverem sido suspensos ou destituídos do poder familiar terão tutores nomeados pelo Juiz ou serão incluídos em programa de colocação familiar, na forma prevista pela Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (família substituta). Em suma, não se menciona mais o *menor abandonado*, substituindo-se a expressão por outras mais amplas e genéricas.

O CC/2002, assim como o seu antecessor, continua prevendo aqueles que são incapazes de exercer tutela (art. 1.735), bem como aqueles que podem escusá-la, ou seja, não aceitá-la ou pedir dispensa (art. 1.736).

Pelo primeiro dispositivo, não podem ser tutores e serão exonerados da tutela:

- Aqueles que não tiverem a livre administração de seus bens, como no caso dos menores ou dos pródigos.
- Aqueles que, no momento de lhes ser deferida a tutela, se acharem constituídos em obrigação para com o menor, ou tiverem que fazer valer direitos contra este, e aqueles cujos pais, filhos ou cônjuges tiverem demanda contra o menor.
- Os inimigos do menor, ou de seus pais, ou aqueles que tiverem sido por estes expressamente excluídos da tutela.
- Os condenados por crime de furto, roubo, estelionato, falsidade, contra a família ou os costumes, tenham ou não cumprido pena.
- As pessoas de mau procedimento, ou falhas em probidade, e as culpadas de abuso em tutorias anteriores. Aqui, cabe análise caso a caso.
- Aqueles que exercerem função pública incompatível com a boa administração da tutela, caso de um juiz, de um promotor de justiça ou de um delegado de polícia.

Os casos apontados, como se pode perceber, são de *falta de legitimação* para o ato, para o exercício da tutela. Por outra via, as hipóteses de *escusa*, a seguir demonstradas, são situações em que a dispensa pode ou não ocorrer, havendo um direito potestativo das pessoas elencadas. O procedimento de escusa corre perante a Vara da Infância e da Juventude, se houver. Não havendo esse juízo especializado, a competência será da Vara da Família ou da Vara Cível, pela ordem. Pois bem, de acordo com o art. 1.736 do CC, podem escusar-se da tutela:

- As mulheres casadas. Há proposta de revogação do dispositivo, conforme o Enunciado n. 136 do CJF/STJ, da *I Jornada de Direito Civil*. Isso porque "não há qualquer justificação de ordem legal para legitimar que mulheres casadas, apenas por essa condição, possam se escusar da tutela". Realmente, é de se concordar com a proposta, pois o dispositivo parece ser herança da perversa distinção entre homens e mulheres, que não mais existe.
- Os maiores de 60 anos. Igualmente neste ponto há que se discutir se a norma é ou não discriminatória, assim como acontece com o art. 1.641, II, do CC, que continua a discriminar o idoso, agora com 70 anos de idade.
- Aqueles que tiverem sob sua autoridade mais de três filhos.
- Os impossibilitados por enfermidade.
- Aqueles que habitarem longe do lugar onde se haja de exercer a tutela.
- Aqueles que já exercerem tutela ou curatela.
- Os militares em serviço.

Ainda a respeito da escusa, aquele que não for parente do menor não poderá ser obrigado a aceitar a tutela, se houver no lugar parente idôneo, consanguíneo ou afim, em condições de exercê-la (art. 1.737 do CC). Trata-se de mais uma situação de dispensa pessoal, o que a doutrina denomina *recusa da tutela por estranho*.[198]

O art. 1.738 do CC consagra prazo decadencial de 10 dias, contados da sua designação, para a manifestação da escusa pelo tutor. Não havendo essa manifestação expressa, deve-se entender que a parte renunciou ao direito potestativo de alegar essa dispensa pessoal. No entanto, se o motivo escusatório ocorrer depois de aceita a tutela, os 10 dias serão contados a partir do momento em que sobrevier esse motivo.

O prazo para a manifestação da escusa era de 5 dias, conforme art. 1.192 do CPC. Pelo mesmo dispositivo, contar-se-ia o prazo: *a)* antes de aceitar o encargo, da intimação para prestar compromisso; *b)* depois de entrar em exercício, do dia em que sobrevier o motivo da escusa. Não sendo requerida a escusa no prazo estabelecido neste artigo, reputar-se-ia renunciado o direito de alegá-la (art. 1.192, parágrafo único, do CPC). Como o CC/2002 regulamentou igual e inteiramente a matéria relativa ao prazo de escusa na tutela, deve-se entender que prevalece o seu art. 1.738 em relação ao CPC. Todavia, a norma processual ainda prevalece no seguinte ponto, por não ter sido tratada pelo Código Civil: o juiz deverá decidir de plano esse pedido de escusa. Se não a admitir, exercerá o nomeado a tutela ou curatela enquanto não for dispensado por sentença transitada em julgado (art. 1.193 do CPC).

Por fim, no que concerne à escusa, se o juiz não admiti-la, o nomeado exercerá a tutela enquanto o recurso interposto não tiver provimento (art. 1.739 do CC). Além disso, responderá desde logo pelas perdas e danos o tutor nomeado que não atua nesse lapso temporal, como determina a lei, em relação aos prejuízos que o menor venha a sofrer.

Voltando ao Código de Processo Civil, segundo o seu art. 1.187, "o tutor ou curador será

intimado a prestar compromisso no prazo de 5 (cinco) dias contados: *a)* da nomeação feita na conformidade da lei civil; *b)* da intimação do despacho que mandar cumprir o testamento ou o instrumento público que o houver instituído".

O CPC cuidava também da hipoteca legal quando da nomeação do tutor, que foi extinta pelo CC/2002, estando tais normas totalmente prejudicadas (arts. 1.188 a 1.191). A hipoteca legal constava da mesma forma dos arts. 37 e 38 do ECA. Todavia, tais dispositivos foram alterados pela Lei 12.010/2009 (Nova Lei da Adoção), passando a tratar de procedimentos da tutela testamentária. É a redação atual do art. 37 do ECA: "O tutor nomeado por testamento ou qualquer documento autêntico, conforme previsto no parágrafo único do art. 1.729 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, deverá, no prazo de 30 (trinta) dias após a abertura da sucessão, ingressar com pedido destinado ao controle judicial do ato, observando o procedimento previsto nos arts. 165 a 170 desta Lei. Parágrafo único. Na apreciação do pedido, serão observados os requisitos previstos nos arts. 28 e 29 desta Lei, somente sendo deferida a tutela à pessoa indicada na disposição de última vontade, se restar comprovado que a medida é vantajosa ao tutelando e que não existe outra pessoa em melhores condições de assumi-la".

Ainda com relação ao tema, o CC/2002 possui normas que disciplinam o exercício da tutela.

A primeira delas é o art. 1.740, que traz as incumbências do tutor no exercício do seu *múnus* público, a saber:

- Dirigir a educação do menor, defendê-lo e lhe prestar os alimentos, conforme os seus haveres e condição.
- Reclamar do juiz que tome as providências necessárias para a correção do menor, caso essa seja necessária.
- Cumprir com os demais deveres que normalmente cabem aos pais, sempre ouvida a opinião do menor, se este já contar 12 anos de idade.

Sem prejuízos desses deveres, que serão exercidos sem a inspeção judicial, incumbe ao tutor, agora sob a referida intervenção do juiz, administrar os bens do tutelado, sempre em proveito deste, cumprindo seus deveres com zelo e boa-fé (art. 1.741 do CC).

Tendo em vista a fiscalização dos atos do tutor, o CC/2002 admite a nomeação pelo juiz de um *protutor* (art. 1.742), que igualmente assumirá um *múnus* público, norteado pelas mesmas atribuições que tem o tutor, inclusive guiado pela boa-fé e pela eticidade. Anotam Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado que se trata de uma "forma de inspeção judicial delegada, no sentido de monitoramento da tutela, em sua função de proteger o menor tutelado".[199] Aplicando o preceito, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal admitiu a nomeação de padrasto como protutor: "no objetivo de resguardar o melhor interesse da criança, nomeia-se seu pai afetivo (ex-companheiro da sua mãe) protutor para ajudar na administração de seus bens" (TJDF, Recurso 2009.05.1.006057-5, Acórdão 586.569, 2.ª Turma Cível, Rel. Des. Sérgio Rocha, *DJDFTE* 17.05.2012, p. 89).

De acordo com o art. 1.743 do CC, se os bens e interesses administrativos exigirem conhecimentos técnicos, forem complexos, ou realizados em lugares distantes do domicílio do tutor, poderá este, mediante aprovação judicial, delegar a outras pessoas físicas ou jurídicas o exercício parcial da tutela. Como comenta Maria Helena Diniz o poder do tutor é uno e indivisível, sendo o encargo pessoal. Entretanto, isso não obsta a cessão da tutela, uma concessão parcial do encargo o que se denomina *tutela parcial* ou *cotutoria*.[200]

Como se percebe, a última hipótese não se confunde com a atuação do *protutor*, pois aqui a tutela é exercida de forma concomitante, nos limites do que for determinado pelo juiz da Vara da Infância e da Juventude.

O CC/2002, a exemplo do anterior, continua trazendo a responsabilidade do juiz quanto à tutela havendo prejuízos ao tutelado, podendo essa responsabilidade ser direta ou subsidiária em relação ao tutor (art. 1.744 do CC). A responsabilidade do juiz será direta e pessoal quando não tiver nomeado o tutor ou não o houver feito oportunamente. Por outra via, essa responsabilidade do magistrado será subsidiária quando não tiver exigido garantia legal do tutor, nem o removido, tanto que se tornou suspeito. Nos dois casos, exige-se apenas culpa do juiz e não o dolo, que é a regra geral contida no art. 133 do CPC.

Ainda no que tange ao exercício do *munus*, os bens do menor serão entregues ao tutor mediante termo especificado desses bens e seus valores, ainda que os pais o tenham dispensado, o que se denomina *inventário de bens* (art. 1.745 do CC). Mas, se o patrimônio do menor for de valor considerável, poderá o juiz condicionar o exercício da tutela à prestação de uma caução bastante para tanto, podendo dispensá-la se o tutor for de reconhecida idoneidade (art. 1.745, parágrafo único, do CC).

Como foi dito, essa caução substituiu a hipoteca legal que era conferida ao tutelado ou curatelado em razão dos bens imóveis do tutor ou curador, nos termos do art. 827, IV, do CC/1916. Tanto isso é verdade que o art. 2.040 do CC/2002, norma de direito intertemporal, enuncia que: "A hipoteca legal dos bens do tutor ou curador, inscrita em conformidade com o inciso IV do art. 827 do Código Civil anterior, Lei 3.071, de 1.º de janeiro de 1916, poderá ser cancelada, obedecido o disposto no parágrafo único do art. 1.745 deste Código". Em suma, todas essas hipotecas legais devem ser substituídas pela caução, sob pena de não mais valerem, o que também pode atingir a validade da própria tutela.

Se o menor possuir bens, será sustentado e educado a expensas desses bens existentes, arbitrando o juiz, para tal fim, as quantias que lhe pareçam necessárias (art. 1.746 do CC). Para tanto, o juiz deve considerar o rendimento da fortuna do pupilo quando o pai ou a mãe do mesmo não as houver fixado.

Além daquelas atribuições constantes do art. 1.740 do CC, no seu art. 1.747, o Código Civil de

2002 traz outras funções do tutor que também independem de autorização judicial, a saber:

> – Representar o menor, até os 16 anos, nos atos da vida civil, e assisti-lo, após essa idade, nos atos em que for parte.
>
> – Receber as rendas e pensões do menor e as quantias a ele devidas, devendo agir sempre guiado pela boa-fé nesse recebimento.
>
> – Fazer as despesas de subsistência e educação em proveito do menor, bem como as de administração, conservação e melhoramentos de seus bens.
>
> – Alienar os bens do menor destinados à venda.
>
> – Promover, mediante preço conveniente, o arrendamento de bens de raiz, ou seja, dos imóveis do menor que possam ser locados.

Enquanto nos casos acima a autorização judicial não se faz necessária, o art. 1.748 do CC traz outras incumbências, que necessitam da anuência do juiz:

> – Pagar as dívidas do menor, o que tem natureza onerosa, justificando essa fiscalização.
>
> – Aceitar pelo menor as heranças, os legados ou as doações, ainda que com encargos (doações modais, de caráter oneroso).
>
> – Transigir, ou seja, celebrar contratos visando à extinção de dívidas.
>
> – Vender os bens móveis do menor, cuja conservação não convier, e os imóveis nos casos em que for permitido.
>
> – Propor em juízo as ações, ou nelas assistir o menor, e promover todas as diligências a bem deste, assim como defendê-lo nos pleitos contra ele movidos.

As últimas hipóteses apontadas são de *outorga judicial*, e a falta desta gera a ineficácia do ato, até que ocorra a confirmação posterior (art. 1.748, parágrafo único, do CC). Anote-se que a opção legislativa, aqui, não foi pela invalidade do ato, como ocorre com a outorga conjugal (arts. 1.647 e 1.649 do CC).

Sem prejuízo dessas situações, há atos que o tutor não pode praticar mesmo com autorização judicial, sob pena de sua nulidade absoluta, conforme disciplina o art. 1.749 do CC, a saber:

- Adquirir por si, ou por interposta pessoa, mediante contrato particular, bens móveis ou imóveis pertencentes ao menor.
- Dispor dos bens do menor a título gratuito.
- Constituir-se cessionário de crédito ou de direito, contra o menor.

Como os casos são de nulidade absoluta, cabe reconhecimento de ofício da nulidade e a ação correspondente é imprescritível (art. 169 do CC).

Em relação aos bens imóveis dos menores sob tutela, esses podem ser vendidos quando houver manifesta vantagem ao menor, mediante prévia avaliação judicial e aprovação do juiz, por meio de

alvará judicial (art. 1.750 do CC). Em havendo a venda sem essa vantagem e aprovação do juiz, o negócio jurídico é nulo de pleno direito, pois o caso é de *nulidade virtual*, eis que a lei acaba proibindo o ato de forma inversa, sem, contudo, cominar sanção (art. 166, VII, segunda parte, do CC). A ilustrar, imagine-se uma hipótese em que o menor mudou sua residência, estando em local diverso daquele onde está o imóvel de sua propriedade. Nessa outra cidade, vive ele de aluguel, havendo interesse plausível para a venda do seu imóvel, para que os seus representantes comprem outro naquele lugar onde agora mora o incapaz.

Antes de assumir a tutela, e diante do dever de informar anexo à boa-fé objetiva, o tutor declarará tudo o que o menor lhe deva, sob pena de não lhe poder cobrar, enquanto exerça a tutoria, salvo provando que não conhecia o débito quando a assumiu (art. 1.751 do CC). Se o tutor não cumprir esse seu dever em momento oportuno, acaba perdendo um direito de cobrança (*supressio*).

Mas é importante ressaltar que esse último dispositivo é aplicado aos casos excepcionais em que o tutor é credor do tutelado, cabendo um aditivo ou adendo do inventário dos bens do menor, com a inclusão das dívidas em relação ao tutor.

Ainda a respeito do exercício da tutela, dispõe o art. 1.752 do CC que o tutor responde pelos prejuízos que, por culpa, ou dolo, causar ao tutelado (responsabilidade civil subjetiva). Consigne-se, contudo, que pelo ato do tutelado a responsabilidade do tutor é objetiva, notadamente se houver prejuízo a terceiros, pelo que consta dos arts. 932, inc. II, e 933 do CC (responsabilidade objetiva indireta).

Por outra via, o tutor tem direito a ser pago pelo que despender no exercício do *munus*, o que é um direito de reembolso, salvo nos casos descritos no art. 1.734 do CC, diante da sua flagrante atuação por liberalidade ou gentileza.

Além desse direito de reembolso, o art. 1.752 do CC consagra a favor do tutor um montante pela sua atuação, proporcional ao valor dos bens administrados. Quanto ao *protutor*, o *tutor do tutor*, será arbitrada uma gratificação módica pela fiscalização efetuada (art. 1.752, § 1.º, do CC). Como alerta Maria Helena Diniz, e com razão, essa gratificação do tutor não é uma contraprestação pela sua atuação, mas sim uma espécie de indenização ou compensação diante da sua atuação.[201]

Determina o § 2.º, do art. 1.752, do CC, que são solidariamente responsáveis pelos prejuízos a pessoas às quais competia fiscalizar a atividade do tutor e as que concorreram para o dano. Essa hipótese de solidariedade legal, a respeito dos danos de qualquer natureza – materiais e morais, nos termos da Súmula 37 do STJ –, atinge o protutor, o juiz ou qualquer pessoa que tenha concorrido culposamente para o prejuízo (art. 942 do CC).

O Código Civil, ainda quanto à tutela, traz também regras quanto aos bens do tutelado e a prestação de contas pelo tutor. De início, em relação aos bens dos tutelados, os tutores não podem conservar em seu poder dinheiro dos tutelados além do necessário para as despesas ordinárias com o

seu sustento, a sua educação e a administração de seus bens (art. 1.753). Havendo necessidade, os objetos de ouro e prata, pedras preciosas e móveis serão avaliados por pessoa idônea e, após autorização judicial, alienados, e o seu produto convertido em títulos, obrigações e letras de responsabilidade direta ou indireta da União ou dos Estados (art. 1.753, § 1.º, do CC). Nesses casos, deve-se atender preferentemente à rentabilidade, e recolhidos ao estabelecimento bancário oficial ou aplicados na aquisição de imóveis, conforme for determinado pelo juiz. Esse mesmo destino terá o dinheiro proveniente de qualquer outra procedência, caso de bens recebidos pelo tutelado por herança (art. 1.753, § 2.º). A lei enuncia ainda que os tutores respondem pela demora na aplicação dos valores acima referidos, pagando os juros legais desde o dia em que deveriam dar esse destino, o que não os exime da obrigação, que o juiz fará efetiva, da referida aplicação (art. 1.753, § 3.º).

Em relação aos valores que existirem em estabelecimento bancário oficial, na forma do que prevê esse art. 1.754 do CC, esses não poderão ser retirados senão havendo autorização judicial e somente para as seguintes destinações:

– Para as despesas com o sustento e educação do tutelado, ou a administração de seus bens.

– Para a compra de bens imóveis e títulos, obrigações ou letras, nas condições previstas no § 1.º do art. 1.753.

– Para o emprego em conformidade com o disposto por quem os houver doado, ou deixado, havendo, por exemplo, uma doação com encargo.

– Para a entrega a órfãos, quando emancipados, ou maiores, ou, mortos eles, aos seus herdeiros.

Todas essas hipóteses constam do art. 1.754 do CC que disciplina o levantamento das quantias depositadas durante o exercício da tutela. O pedido de levantamento deve ser bem fundamentado, sendo certo que meras alegações genéricas, sem qualquer prova, não dão ensejo ao deferimento do requerido. Essa tem sido a melhor conclusão jurisprudencial (TJSP, Agravo de Instrumento 528.683.4/0, Acórdão 2606430, São Paulo, 10.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ana de Lourdes, j. 08.04.2008, *DJESP* 06.06.2008).

No que tange à prestação de contas, trata-se de um dever decorrente da tutela, conforme reconhece o art. 1.755; e que subsiste mesmo que haja uma disposição em contrário feita pelos pais, quando, por exemplo, da tutela testamentária. A prestação de contas visa justamente àquilo que busca o *munus*: a proteção do tutelado ou pupilo.

A lei exige nesta prestação de contas um *balanço anual* (art. 1.756 do CC), a ser apresentado pelo tutor ao juiz, que deverá aprová-lo, anexando aos autos do inventário dos bens do menor. Sem prejuízo disso, os tutores prestarão contas de dois em dois anos, e também quando, por qualquer motivo, deixarem o exercício da tutela ou toda vez que o juiz achar conveniente (art. 1.757 do CC).

Essas contas serão prestadas em juízo e julgadas depois da audiência dos interessados, recolhendo o tutor imediatamente a estabelecimento bancário oficial os saldos, ou adquirindo bens

imóveis, ou títulos, obrigações ou letras, na forma daquele já comentado § 1.º do art. 1.753.

A prestação de contas será processada em juízo, nos próprios autos em que ocorreu a nomeação do tutor (Vara da Infância, da Família ou Cível, pela ordem, se houver). Há necessidade de intervenção do MP, devendo o procedimento seguir as regras especiais dos arts. 914 a 919 do CPC.

Finda a tutela pela emancipação ou maioridade, a quitação do menor não produzirá efeito antes de aprovadas as contas pelo juiz, permanecendo integral, até então, a responsabilidade do tutor (art. 1.758 do CC). Nos casos de morte, ausência, ou interdição do tutor, as contas serão prestadas por seus herdeiros ou representantes (art. 1.759 do CC). Serão levadas a crédito do tutor todas as despesas justificadas e reconhecidamente proveitosas ao menor (art. 1.760 do CC), devendo as despesas com a prestação das contas ser pagas pelo tutelado (art. 1.761 do CC).

O art. 1.762 do CC trata do *alcance do tutor*, que vem a ser "a diferença para menos verificada na prestação de contas do exercício da tutela".[202] Tanto esse *alcance* quanto o saldo contra o tutelado são considerados pelo dispositivo como dívidas de valor, vencendo juros legais e correção monetária pelo índice oficial desde o julgamento definitivo das contas.

Encerrando o estudo do tema, os arts. 1.763 a 1.766 tratam da extinção da tutela, nas seguintes hipóteses:

1.º) Com a maioridade ou a emancipação do menor, uma vez que cessa a sua condição de incapaz. Essas hipóteses independem de intervenção judicial.

2.º) Ao cair o menor sob o poder familiar, no caso de reconhecimento de paternidade, maternidade ou adoção (parentesco civil), o que também independe de atuação do juiz.

3.º) Ao expirar o termo final da tutela, em que era obrigado a servir, sem que haja ação judicial.

4.º) Havendo escusa legítima prevista nos casos previstos em lei, conforme decisão do juiz.

5.º) Havendo remoção do tutor pelo juiz, caso não exerça a tutoria como prevê a lei.

No que concerne ao termo final, o prazo para a atuação do tutor é de dois anos, cabendo exoneração após esse prazo (art. 1.765 do CC). Porém, pode o tutor continuar no exercício da tutela, além desse prazo, desde que o queira e o juiz entenda que isso é conveniente ao menor, tendo como parâmetro os princípios do melhor interesse e da proteção integral do menor (art. 1.765, parágrafo único, do CC).

A remoção ou destituição do tutor cabe quando esse for negligente, prevaricador ou incurso em incapacidade (art. 1.766 do CC). Esse procedimento de remoção pode ter iniciativa do MP ou de quem tenha justo interesse, de acordo com os procedimentos previstos nos arts. 1.194 a 1.198 do CPC, correndo na Vara da Infância e Juventude (art. 148 da Lei 8.069/1990).

8.7.2 Da curatela

A curatela igualmente é instituto de direito assistencial, para a defesa dos interesses de maiores incapazes. Assim como ocorre com a tutela há um *múnus* público, atribuído pela lei.

São partes da curatela o curador e o curatelado. Em regra, estão sujeitos à curatela os maiores incapazes. Sendo absolutamente incapazes (art. 3.º, II e III, do CC), serão representados pelo curador para a prática dos atos da vida civil, sob pena de nulidade absoluta do que for praticado (art. 166, I, do CC). Sendo relativamente incapazes (art. 4.º, II, III e IV, do CC), devem ser devidamente assistidos, sob pena de anulabilidade do ato, negócio ou contrato celebrado (art. 171, I, do CC). A curatela não se confunde com a representação e com a assistência por ser instituto geral de administração de interesses.

A curatela também não se confunde com a tutela, pois a última visa à proteção de interesses de menores, enquanto a primeira à proteção dos maiores. Entretanto, vale dizer que ocorrendo a interdição de menor, em razão de certas doenças, por exemplo, este passa a ser sujeito à curatela, o que é melhor para a tutela do vulnerável (nesse sentido, ver: TJRJ, Acórdão 6.043/1997, Duque de Caxias, Quarta Câmara Cível, Rel. Des. Wilson Marques, j. 15.06.1999). Todavia, a questão não é pacífica, pois há julgados que entendem serem melhores caminhos o poder familiar e a tutela para o menor interditado (TJMG, Acórdão 1.0000.00.304048-2/000, Uberlândia, 8.ª Câmara Cível, Rel. Des. Pedro Henriques, j. 27.12.2002, *DJMG* 30.05.2003).

O art. 1.767 do CC traz o rol taxativo dos interditos, ou seja, daqueles que estão sujeitos a curatela, a saber:

- Aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil (art. 3.º, II, do CC). Exemplos: psicopatas graves, psicóticos, alienados mentais, neuróticos graves, entre outros.
- Aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade (art. 3.º, III, do CC), caso do surdo-mudo, que não tem qualquer condição de exprimir sua vontade, e da pessoa que se encontra em coma profundo. Anote-se que correto julgado do Superior Tribunal de Justiça, do ano de 2014, entendeu que essa previsão engloba o portador de psicopatia, que também pode ser interditado: "a possibilidade de interdição de sociopatas que já cometeram crimes violentos deve ser analisada sob o mesmo enfoque que a legislação dá à possibilidade de interdição – ainda que parcial – dos deficientes mentais, dos ébrios habituais e dos viciados em tóxicos (art. 1767, III, do CC/2002). Em todas essas situações, o indivíduo tem sua capacidade civil crispada, de maneira súbita e incontrolável, com riscos para si que extrapolam o universo da patrimonialidade e que podem atingir até a sua própria integridade física, sendo também *ratio* não expressa, desse excerto legal, a segurança do grupo social, mormente na hipótese de reconhecida violência daqueles acometidos por uma das hipóteses anteriormente descritas, tanto assim que, não raras vezes, sucede à interdição, pedido de internação compulsória. Com igual motivação, a medida da capacidade civil, em hipóteses excepcionais, não pode ser ditada apenas pela mediana capacidade de realizar os atos da vida civil, mas, antes disso, deve ela ser aferida pelo risco existente nos estados crepusculares de qualquer natureza do interditando, onde é possível se avaliar, com precisão, o potencial de autolesividade ou de agressão aos valores sociais que o indivíduo pode manifestar, para daí se extrair sua capacidade de gerir a própria vida, isto porque a mente psicótica não pendula entre sanidade e demência, mas há perenidade etiológica nas ações do sociopata" (STJ, REsp 1.306.687, 3.ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18.03.2014).
- Os deficientes mentais, os ébrios habituais (alcoólatras viciados) e os toxicômanos (viciados em tóxicos).
- Os excepcionais sem completo desenvolvimento mental, caso do acometido por síndrome de *Down*.

- Os pródigos, pessoas que gastam de maneira destemperada o próprio patrimônio o que pode levá-los à penúria. Em relação à sua interdição relativa, enuncia o art. 1.782 do CC que essa só privará de, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração. Assim, o pródigo pode, livremente, casar-se (sem a imposição de qualquer regime), fazer testamento, reconhecer filhos, ser empregado, entre outros.

A interdição dessas pessoas deve ser promovida pelos pais ou tutores; pelo cônjuge, ou por qualquer parente ou pelo Ministério Público, conforme determinam os arts. 1.768 do CC e 1.177 do CPC, que consagram aqueles que são legitimados para a referida medida. Como se sabe, a incapacidade não se presume, havendo a necessidade do referido processo de interdição, para dele decorrer a curatela. É pertinente destacar que a lei prevê, inicialmente, a legitimidade dos pais para a interdição. Além deles, também podem requerer a interdição os tutores, que administram interesses de menores, nos casos de incapacidade total superveniente.

Apesar da menção ao cônjuge, a lei, de forma injustificada, não trata da legitimidade do companheiro, havendo proposta de sua inserção, conforme o PL 699/2011, o que é louvável. A proposta é necessária, pois o entendimento ainda majoritário aponta que as hipóteses de legitimidade processual devem obrigatoriamente decorrer de lei. De toda a sorte, mesmo com a ausência de previsão legal, justifica-se o reconhecimento da legitimidade do companheiro para requerer a interdição, conforme conclusão da jurisprudência (nessa linha: TJMG, Embargos de Declaração 1.0024.06.033131-1/0031, Belo Horizonte, 2.ª Câmara Cível, Rel. Des. Brandão Teixeira, j. 23.09.2008, *DJEMG* 22.10.2008; TJRJ, Acórdão 4.035/1993, Rio de Janeiro, 1.ª Câmara Cível, Rel. Des. Paulo Sergio Fabião, j. 20.09.1994).

No que tange aos demais parentes legitimados para promover a interdição, a lei inclui todas as formas de parentesco, seja por consanguinidade (todos os ascendentes e descendentes, colaterais até quarto grau, inclusive), por afinidade ou em decorrência de parentesco civil (adoção, inseminação heteróloga e parentalidade socioafetiva).

Em relação à legitimidade do Ministério Público, esse órgão somente promoverá a interdição em caso de doença mental grave, se não existir ou não promover a interdição alguma das pessoas designadas pela lei ou, ainda, se existindo tais pessoas, forem as mesmas incapazes (arts. 1.769 do CC e 1.178 do CPC). O que se percebe é que a legitimidade do MP é somente subsidiária e extraordinária, funcionando como substituto processual.

Sendo a interdição promovida pelo MP, o juiz nomeará um defensor ao suposto incapaz, que é denominado *curador especial* (arts. 1.770 do CC e 1.179 do CPC). Nos demais casos, ou seja, sendo a interdição promovida pelas outras pessoas elencadas pela lei, o próprio MP será o defensor. Esse entendimento ainda é o majoritário, em uma visão clássica, mas vem sendo contestado pela doutrina e pela jurisprudência. Nesse sentido, Euclides de Oliveira comenta decisão do Tribunal de Justiça de

São Paulo, que assim concluiu:

> "Interdição. Pedido do Ministério Público para nomeação de curador especial para defesa dos interesses do interditando. Não possibilidade de a função ser exercida pelo MP, sob pena de conflito de interesses, se o caso. Agravo acolhido" (TJSP, Agravo de Instrumento 485.078-4/8, agravante o Ministério Público, agravada JGS, 4.ª Câmara de Direito Privado do TJSP, recurso provido por maioria, Rel. José Geraldo de Jacobina Rabello, j. 19.07.2007).

São as conclusões do jurista e doutrinador, demonstrando interessante contraponto que realmente deve ser levado em conta:

> "Em suma, lembrando que o Ministério Público tem sua atuação pautada pela defesa de interesses indisponíveis do indivíduo e da sociedade, bem como ao zelo dos interesses sociais, coletivos ou difusos, resta imprópria sua investidura para tarefas de outra ordem, especialmente quando conflitantes com sua necessária intervenção como fiscal da lei. É o que sucede nos processos de interdição com objetivo de curatela de pessoa declarada incapaz para a regência de sua pessoa e para a administração de seus bens. Servirá outro, e não o Ministério Público, como curador especial do interditando, conforme bem reconhecido no acórdão da lavra do eminente Des. José Geraldo de Jacobina Rabello, que tem apoio na correta exegese do perfil institucional daquele órgão e da sua relevante atuação no encargo de fiscalizar o exato cumprimento da lei".[203]

No que concerne aos procedimentos de interdição, na petição inicial do pedido de interdição, o interessado provará a sua legitimidade, devendo especificar os fatos que revelam a anomalia psíquica, assinalando a incapacidade do interditando para reger a sua pessoa e administrar os seus bens (art. 1.180 do CPC).

Apresentada a exordial, o interditando será citado para, em dia designado, comparecer perante o juiz, que o examinará, interrogando-o minuciosamente acerca de sua vida, negócios, bens e do mais que lhe parecer necessário para ajuizar do seu estado mental (art. 1.181 do CPC). Determina ainda esse dispositivo que devem ser reduzidas aos autos as perguntas e respostas formuladas. No mesmo sentido, prevê o art. 1.771 do CC que antes de pronunciar-se acerca da interdição, o juiz, assistido por especialistas, examinará pessoalmente o arguido de incapacidade.

Após todos esses trâmites legais, dentro do prazo de 5 dias, contado da audiência de interrogatório, poderá o interditando impugnar o pedido (art. 1.182 do CPC). O interditando será representado nos autos pelo órgão do Ministério Público ou, quando for este o requerente, pelo curador especial especificamente designado (art. 1.182, § 1.º, do CPC). Sem prejuízo disso, o interditando poderá constituir advogado para formular a sua defesa (art. 1.182, § 2.º, do CPC). Qualquer parente sucessível poderá constituir-lhe advogado, com os poderes judiciais que o interditando teria transmitido, respondendo esse parente pelos correspondentes honorários advocatícios (art. 1.182, § 3.º, do CPC).

Decorrido o prazo de 5 dias mencionado no *caput* do art. 1.182 do CPC, o juiz nomeará um perito, um especialista, para proceder ao exame do interditando. Apresentado o laudo, o juiz

designará audiência de instrução e julgamento (art. 1.183 do CPC).

Sendo decretada a interdição, o juiz nomeará *curador definitivo* ao interdito (art. 1.183, parágrafo único, do CPC). Nos casos de interdição de deficientes mentais, ébrios habituais, toxicômanos e pródigos, como a interdição é relativa, deve o juiz determinar os limites da curatela, ou seja, da *curatela parcial* (art. 1.772 do CC).

Conforme o excelente Enunciado n. 574 do CJF/STJ, aprovado na VI Jornada de Direito Civil, em 2013, a decisão judicial de interdição deverá fixar os limites da curatela para todas as pessoas a ela sujeitas, sem distinção, a fim de resguardar os direitos fundamentais e a dignidade do interdito. A proposta foi formulada pela Professora Célia Barbosa Abreu, da Universidade Federal Fluminense, sendo uma das premissas fundamentais defendidas em sua tese de doutorado.[204] As justificativas do enunciado doutrinário explicam muito bem o seu conteúdo, contando com o total apoio deste autor:

> "O CC/2002 restringiu a norma que determina a fixação dos limites da curatela para as pessoas referidas nos incisos III e IV do art. 1.767. É desarrazoado restringir a aplicação do art. 1.772 com base em critérios arbitrários. São diversos os transtornos mentais não contemplados no dispositivo que afetam parcialmente a capacidade e igualmente demandam tal proteção.
>
> Se há apenas o comprometimento para a prática de certos atos, só relativamente a estes cabe interdição, independentemente da hipótese legal específica. Com apoio na prova dos autos, o juiz deverá estabelecer os limites da curatela, que poderão ou não ser os definidos no art. 1.782.
>
> Sujeitar uma pessoa à interdição total quando é possível tutelá-la adequadamente pela interdição parcial é uma violência à sua dignidade e a seus direitos fundamentais. A curatela deve ser imposta no interesse do interdito, com efetiva demonstração de incapacidade. A designação de curador importa em intervenção direta na autonomia do curatelado.
>
> Necessário individualizar diferentes estatutos de proteção, estabelecer a graduação da incapacidade. A interdição deve fixar a extensão da incapacidade, o regime de proteção, conforme averiguação casuística da aptidão para atos patrimoniais/extrapatrimoniais".

Feita tal importante consideração, quanto à ordem para nomeação do curador, dispõe o *caput*, do art. 1.775, do CC, que o cônjuge ou companheiro, não separado judicialmente ou de fato, é, de direito, o curador do outro, quando interdito (*curador legal legítimo*). Sendo o curador o cônjuge e o regime de bens do casamento for de comunhão universal, não será obrigado à prestação de contas, salvo determinação judicial (art. 1.783 do CC). A norma é especial e não se aplica aos demais casos de regime de bens e à união estável.

Ainda de acordo com o art. 1.775 do CC, na falta do cônjuge ou do companheiro, será curador legítimo o pai ou a mãe. Na ausência destes, será nomeado como curador o descendente que se demonstrar mais apto. Entre os descendentes, os mais próximos precedem aos mais remotos. Finalmente, na falta das pessoas mencionadas neste artigo, compete ao juiz a escolha do *curador dativo*, que deve ser pessoa capaz e idônea para exercer a função.

Deve-se entender que a ordem descrita não é obrigatória, prevalecendo sempre o melhor

interesse do curatelado. Nessa linha, concluiu julgado do Tribunal Gaúcho que "ex-cunhado e irmãos concorrendo para o exercício do múnus. Prevalência do melhor interesse do interditado. No que se refere à nomeação do curador, sabido é que esta deve recair na pessoa do cônjuge ou companheiro e, na falta desses, ascendentes ou descendentes (art. 1.775, §§ 1.º e 2.º do Código Civil). Caberá ao juiz, ainda, a escolha de um terceiro como curador (art. 1.775, § 3.º, do Código Civil), quando da impossibilidade daqueles contidos nos parágrafos anteriores. Elementos de prova que indicam que o curador nomeado de forma provisória vem exercendo de forma responsável o encargo, desmerecendo qualquer alteração. Sentença reformada. Apelação cível provida" (TJRS, Apelação Cível 70059203711, 7.ª Câmara Cível, Rel. Jorge Luís Dall'Agnol, j. 28.05.2014).

Destaque-se, ainda, que a autoridade do curador estende-se à pessoa e aos bens dos filhos do curatelado, observados os casos de emancipação, conforme determina o art. 1.778 do CC.

Regulamentando a decisão de interdição, preveem tanto o art. 1.184 do CPC quanto o art. 1.773 do CC que a sentença de interdição produz efeito desde logo, embora sujeita a recurso. Segundo a norma processual citada, essa sentença será inscrita no Registro de Pessoas Naturais e publicada pela imprensa local e pelo órgão oficial por três vezes, com intervalo de dez dias, constando do edital os nomes do interdito e do curador, a causa da interdição e os limites da curatela.

Como se percebe, tanto pelo dispositivo material quanto pelo processual, os efeitos da sentença de interdição, cuja natureza é predominantemente constitutiva, são *ex nunc*, o que independe de qualquer ato de publicidade. Fica dúvida quanto aos atos praticados pelo interditado se os mesmos permanecem válidos ou se podem ser tidos como nulos. Na doutrina, a questão quanto aos efeitos da sentença de interdição é explicada por Maria Helena Diniz:

> "Após sua prolatação, por confirmar a suposição da incapacidade, nulos ou anuláveis serão os atos praticados pelo interdito (*RT* 468:112) conforme a gradação da sua interdição, sendo que os atos anteriores àquela sentença serão apenas anuláveis se se comprovar, judicialmente, que sua incapacidade já existia no momento da realização do negócio (*RF* 81:213 e 152:176; *RT* 539:149 e 183, 537:74, 506:75, 503:93, 436:74, 280:252, 365:93, 415:358, 483:71, 489:75 e 505:82; *RTJ* 102:359), caso em que produz efeito *ex tunc*. Durante a pendência do recurso interposto válidos serão os atos praticados entre o curador e terceiros, mesmo que a sentença venha a ser reformada em instância superior".[205]

O entendimento constante dos julgados citados parece ser o clássico e majoritário. Entretanto, mais uma vez, levando-se em conta a eticidade e a valorização da boa-fé, marcos teóricos importantes do Direito Civil Contemporâneo, fica a dúvida se os negócios celebrados pelo interditado com terceiros de boa-fé devem ou não permanecer válidos. Este autor entende que, em regra, a boa-fé deve prevalecer, sendo tendência do CC/2002 a proteção de terceiros guiados por uma boa conduta. Cite-se, por oportuno, a previsão do art. 167, § 2.º, do CC, que consagra *inoponibilidade do ato simulado perante terceiros de boa-fé*; bem como a não prevalência do casamento nulo perante negócios celebrados com boa-fé (art. 1.563 do CC). De fato, se terceiro que

negociou com o incapaz antes de sua interdição não percebeu e nem poderia perceber a incapacidade, o negócio deve ser tido como válido.

Conclui-se, portanto, que aquele entendimento anterior tende a ser alterado no futuro. Adotando em parte a tese, o STJ já postergou a decretação de nulidade, justamente para proteger terceiro que agiu de boa-fé na realização do negócio jurídico.

> "Nulidade de ato jurídico praticado por incapaz antes da sentença de interdição. Reconhecimento da incapacidade e da ausência de notoriedade. Proteção do adquirente de boa-fé. Precedentes da Corte. 1. A decretação da nulidade do ato jurídico praticado pelo incapaz não depende da sentença de interdição. Reconhecida pelas instâncias ordinárias a existência da incapacidade, impõe-se a decretação da nulidade, protegendo-se o adquirente de boa-fé com a retenção do imóvel até a devolução do preço pago, devidamente corrigido, e a indenização das benfeitorias, na forma de precedente da Corte. 2. Recurso Especial conhecido e provido" (STJ, REsp 296.895/PR, j. 06.05.2004, 3.ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, *DJ* 21.06.2004, p. 214; Veja: Incapaz. Ato praticado antes da interdição. Prova: STJ, REsp 9.077/RS; Compra e venda. Incapaz. Boa-fé da outra parte: STJ, REsp 38.353/RJ – *LEXSTJ* 144/63).

Prevê o art. 1.777 do CC que os enfermos, deficientes mentais, ébrios habituais, toxicômanos e excepcionais sem desenvolvimento completo, devidamente interditados, devem ser tratados em estabelecimento apropriado, desde que não seja possível o seu convívio doméstico. Nos termos do que consta de aresto publicado no *Informativo* n. *533* do STJ, de 2013, "é claro o caráter excepcional da medida, exigindo-se, portanto, para sua imposição, laudo médico circunstanciado que comprove a necessidade da medida diante da efetiva demonstração de insuficiência dos recursos extra-hospitalares. A internação compulsória deve, quando possível, ser evitada, de modo que a sua adoção apenas poderá ocorrer como última opção, em defesa do internado e, secundariamente, da própria sociedade. Nesse contexto, resguarda-se, por meio da interdição civil com internação compulsória, a vida do próprio interditando e, secundariamente, a segurança da sociedade. Além disso, deve-se ressaltar que não se pretende, com essa medida, aplicar sanção ao interditado seja na espécie de pena seja na forma de medida de segurança, haja vista que a internação compulsória em ação de interdição não tem caráter penal, não devendo, portanto, ser comparada à medida de segurança ou à medida socioeducativa" (STJ, HC 169.172/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 10.12.2013).

Por outra via, havendo meios de recuperar o interdito, o curador promoverá o seu tratamento em estabelecimento apropriado (art. 1.776 do CC). Esses tratamentos não podem perder de vista a dignidade da pessoa humana, ao contrário do que muito ocorre na prática. Quanto ao último caso, o tratamento também pode ser efetuado na própria residência do interditado, junto à sua família, o que é até preferível, não sendo a última regra obrigatória.[206]

Em havendo a recuperação do interdito, ocorrerá o levantamento da interdição, uma vez que cessada a causa que a determinou (art. 1.186 do CPC). De acordo com a norma processual, o pedido desse levantamento poderá ser feito pelo interditado e será apensado aos autos da interdição. O juiz

nomeará um perito para mais uma vez proceder ao exame de sanidade no interditado e, após a apresentação do laudo, designará audiência de instrução e julgamento. Sendo acolhido o pedido, o juiz decretará o levantamento da interdição e mandará publicar a sentença, após o trânsito em julgado, pela imprensa local e órgão oficial por três vezes, com intervalo de dez dias, seguindo-se a averbação no Registro de Pessoas Naturais.

Em situações de dúvidas, o CC/2002 continua determinando a aplicação residual à curatela das regras previstas para a tutela (art. 1.774 do CC), particularmente a respeito do seu exercício, com as devidas restrições (art. 1.781 do CC). A título de exemplo, pode-se dizer que o curador também é obrigado a prestar contas, salvo a já analisada hipótese do curador cônjuge casado pelo regime da comunhão universal com o interditado (art. 1.783 do CC).

Para encerrar o estudo do tema, é importante salientar que a grande novidade trazida pelo Código Civil de 2002 no tocante à curatela refere-se a novas formas de *curatela especial* previstas nos arts. 1.779 e 1.780 do CC.

O primeiro dispositivo trata da *curatela do nascituro*, possível se o seu suposto pai falecer e estando grávida a mulher, esta não possui o poder familiar. Eventualmente, se a mulher estiver interditada, seu curador será também o do nascituro (art. 1.779, parágrafo único, do CC). O dispositivo reforça a *teoria concepcionista*, pelo qual o nascituro é pessoa. Na verdade, ao admitir a curatela do nascituro, o CC/2002 dá ao mesmo o tratamento de uma pessoa absolutamente incapaz.

A outra forma de *curatela especial* é a deferida a favor do enfermo ou portador de deficiência física, mediante o seu expresso requerimento (art. 1.780 do CC). Não sendo possível esse requerimento, ele poderá ser formulado por qualquer pessoa elencada no art. 1.768 do CC, ou seja, pelos pais, pelos tutores, pelo cônjuge, por qualquer outro parente ou pelo MP.

Ilustrando, imagine-se o caso de um portador de deficiência física que necessita da nomeação de um curador visando administrar uma empresa de sua propriedade, que se encontra em local de difícil acesso ao deficiente. Nessas situações, é possível a nomeação de um curador, por seu próprio pedido. Essa curatela é denominada, por alguns julgadores, de *curatela-mandato*, bastando a atribuição de poderes para a mera administração dos negócios e dos bens da curatelada. Também segundo algumas decisões, é dispensável a "autorização para a transferência ou renúncia de direitos, o que continuará dependendo da expressa manifestação de vontade da curatelada" (TJMG, Apelação Cível 10024096395116001, 7.ª Câmara Cível, Rel. Peixoto Henriques, j. 15.10.2013).

[1] Servindo como inspiração para este estudo: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direit de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

[2] Por todos, como *obra-prima* sobre o tema, ver: FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

[3] MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra, t. I, p. 53. 6.º da CF/1988).

[4] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva nas relações entre pai e filhos* – Além da obrigação legal de caráter material. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br>. Acesso em: 21 maio 2010.

[5] SIMÃO, José Fernando. *De Alexandre a Luciane* – da cumplicidade pelo abandono ao abandono punido! Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=8800>. Acesso em: 18 jun. 2012.

[6] OLIVEIRA, Euclides de. A escalada do afeto no direito de família: ficar, namorar, conviver, casar. *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família do IBDFAM*. Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). São Paulo: IOB Thompson, 2006. p. 317.

[7] DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 69-71.

[8] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 47-52.

[9] GROENINGA, Giselle Câmara. *Direito Civil*. Direito de Família. Orientação: Giselda M. F Novaes Hironaka. Coordenação: Aguida Arruda Barbosa e Cláudia Stein Vieira. São Paulo: RT, 2008. v. 7, p. 28.

[10] VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. Separada da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano XXVII, n. 21 (nova fase), maio 1979.

[11] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6, p. 98.

[12] Sobre o tema, ver: REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. São Paulo: RT, 2005. vol. 1, e BRANCO, Gerson Luiz Carlos e MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

[13] MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999.

[14] SCHREIBER, Anderson. O princípio da boa-fé objetiva no Direito de Família. *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, 2006.

[15] ALVES, Jones Figueiredo. Abuso de direito no Direito de Família. *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, 2006.

[16] GURGEL, Fernanda Pessanha de Amaral Gurgel. *Direito de Família e o princípio da boa-fé objetiva*. Curitiba: Juruá, 2009

[17] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. Famílias. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

[18] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 56-61; DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 40-54; FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 34-37.

[19] BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos da família: principais e operacionais*. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=86>. Acesso em: 25 maio 2010.

[20] Ver, por todos os trabalhos da jurista: DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 47.

[21] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.051.

[22] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 76.

[23] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil*. Família. São Paulo: Atlas, 2008.

[24] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 5, p. 44.

[25] FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de Direito Civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 225.

[26] RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Direito de família. 27. ed. atual. por Francisco Cahali. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6, p. 19.

[27] LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito civil aplicado*. São Paulo: RT, 2005. v. 5, p. 50.

[28] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil*. Família. São Paulo: Atlas, 2008. p. 10-11.

[29] BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Manual de Direito Civil*. Direito de Família e das Sucessões. São Paulo: Método, 2005. v. 4, p. 25.

[30] LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*. Direito de Família e das Sucessões. 3. ed. São Paulo: RT, 2004. v. 5, p 82.

[31] Por todos: VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 1.367-1.368.

[32] Nesse sentido: CERQUEIRA, Thales Tácito de Pontes Luz de Pádua. *A Lei 11.106 de 2005 e polêmicas*. Disponível em: <http://www.ammp.com.br/headerCanal.php?IdCanal=MjM&id=Mg=>. Acesso em: 6 mar. 2006; DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 98.

[33] TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. Direito de Família. 3. ed. São Paulo: Método, 2008. v. 5, p. 58-60.

[34] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6, p. 167.

[35] TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. Direito de Família. 4. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 5, p. 69.

[36] Nesse sentido: CARVALHO NETO, Inácio de. Incapacidade e impedimentos matrimoniais no novo Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2004. v. 2, p. 20.

[37] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.060; VENOSA, Silvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 1.372; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2011. v. VI, p. 230.

[38] CAMARGO NETO, Mário de Carvalho. *Lei 12.133 de 17 de dezembro de 2009* – A Habilitação para o Casamento e o Registro Civil. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=570>. Acesso em: 12 fev. 2010.

[39] Com informações a respeito do juiz de casamento em São Paulo, ver: <http://www.justica.sp.gov.br/Modulo.asp?Modulo=609&Cod=2>. Acesso em: 31 maio 2010.

[40] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 78.

[41] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.073.

[42] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 81.

[43] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6, p. 129.

[44] TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. Direito de Família. 4. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 5, p. 86. Anote-se que o crédito da pesquisa inicial é do então coautor.

[45] Servindo como parâmetros, na doutrina contemporânea: VENOSA, Silvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 1397-1399; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. Direito de Família. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 140-147. v. 6.

[46] DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 252-253.

[47] Nesse sentido: DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.081; ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil anotado*. São Paulo: Método, 2005. p. 780.

[48] VENOSA, Silvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 1.399.

[49] Alguns exemplos retirados de: DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.087.

[50] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.088.

[51] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.088.

[52] Nesse sentido: DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.083; LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 104; FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Direito Civil*. Direito de Família. Orientação: Giselda M. F Novaes Hironaka. São Paulo: RT, 2008. v. 7, p. 63; CZAPSKI, Aurélia L. Barros. *Código Civil interpretado*. Silmara Juny Chinellato (Coord.). 3. ed. São Paulo: Manole, p. 1.245.

[53] Entendendo desse modo: SARTORI, Fernando. *Direito de Famílias e das Sucessões*. Temas Atuais. A invalidade do casamento. Casamento nulo e anulável. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando (Coords.). São Paulo: Método, 2009; FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 159.

[54] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil*. Direito de Família. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 7, p. 672.

[55] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.083; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. Direito de Família. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 6, p. 178; VENOSA, Silvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 1.402; FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Direito Civil*. Direito de Família. Orientação: Giselda M. F Novaes Hironaka. São Paulo: RT, 2008. v. 7, p. 63.

[56] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 105.

[57] Conforme exposto no Capítulo 2 da obra, a controvérsia é muito bem demonstrada por Zeno Veloso (*Invalidade do negócio jurídico*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 331).

[58] BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Manual de Direito Civil*. Direito de Família e das Sucessões. São Paulo: Método, 2005. v. 4, p. 51.

[59] DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 6. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 385.

[60] LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito Civil aplicado*. São Paulo: RT, 2005. v. 5, p. 92.

[61] Por todos: RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Direito de Família. 29. ed. 3. tir. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 6, p. 126.

[62] DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 246.

[63] DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 246.

[64] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 121.

[65] LÔBO, Paulo. Divórcio: alteração constitucional e suas consequências. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=570>. Acesso em: 12 fev. 2010.

[66] OLIVEIRA, Euclides de. Alteração do regime de bens no casamento. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). *Questões controvertidas no novo Código* Civil. São Paulo: Método, 2003. v. 1, p. 389.

[67] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6, p. 325.

[68] RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Direito de Família. 28. ed. 3. tir. São Paulo: Saraiva, p. 169-173. v. 6.

[69] CAHALI, Francisco José. A Súmula 377 e o novo Código Civil e a mutabilidade do regime de bens. *Revista do Advogado* Homenagem ao professor Silvio Rodrigues. São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo, ano XXIV, n. 76, jun. 2004.

[70] TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. Direito de Família. 4. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 5, p. 169-173.

[71] NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 737.

[72] VELOSO, Zeno. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 55.

[73] BRITO, Rodrigo Toscano de. Compromisso de compra e venda e as regras de equilíbrio contratual do CC/2002. In: DINIZ, Maria Helena (Coord.). *Atualidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, n. 5, 2004.

[74] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 300.

[75] DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 205.

[76] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.169.

[77] VENOSA, Silvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 1.511-1.512.

[78] LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito Civil aplicado*. Direito de Família. São Paulo: RT, 2005. v. 5, p. 300.

[79] MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 46-47.

[80] FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 221.

[81] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6, p. 316.

[82] No mesmo sentido: TREPAT CASES, José Maria. O aval: divergência entre o que estabelece o art. 1.647, inciso III, do Código Civil e as normas do direito cambiário. *Direito de Família no novo milênio*. Estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça Azevedo. Chinellato, Simão, Fujita e Zucchi (Coords.). São Paulo: Atlas, 2010, p. 201.

[83] RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Direito de Família. 28. ed. 3. tir. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 6, p. 137.

[84] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 307-308.

[85] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.178.

[86] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil comentado*. Álvaro Villaça Azevedo (Coord.). São Paulo: Atlas, 2003. v. XVI, p. 279.

[87] RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Direito de Família. 28. ed. 3. tir. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 6, p. 183-184; VENOSA, Silvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo Atlas, 2010. p. 1.522; ASSUNÇÃO, Alexandre Guedes A. *Código Civil comentado*. In: FIÚZA, Ricardo; SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coords.). 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1.808; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6, p. 344.

[88] CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Direito de autor e direitos da personalidade: reflexões à luz do Código Civil*. Tese para concurso de Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: 2008, p. 84.

[89] Conceitos retirados de: DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.182.

[90] ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil anotado*. São Paulo: Método, 2005. p. 849-850.

[91] Exemplo de: DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.183.

[92] LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito Civil aplicado*. Direito de Família. São Paulo: RT, 2005. v. 5, p. 347.

[93] CHINELLATO, Silmara Juny. *Comentários ao Código Civil*. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2004. v. 18, p. 372.

[94] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Direito de Família. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 5, p. 176.

[95] CHINELLATO, Silmara Juny. *Comentários ao Código Civil*. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2004. v. 18, p. 380.

[96] CHINELLATO, Silmara Juny. *Comentários ao Código Civil*. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2004. v. 18, p. 380.

[97] O termo *revolução* também é utilizado pelo coautor de outras obras José Fernando Simão: SIMÃO, José Fernando. A PEC do Divórcio: A Revolução do Século em Matéria de Direito de Família. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=652>. Acesso em: 19 nov. 2010.

[98] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Divórcio: alteração constitucional e suas consequências. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=570>. Acesso em: 12 fev. 2010.

[99] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Divórcio: alteração constitucional e suas consequências. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=570>. Acesso em: 12 fev. 2010.

[100] VELOSO, Zeno. O novo divórcio e o que restou do passado. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=661>. Acesso em: 14 ago. 2010.

[101] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6, p. 547.

[102] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio*. Teoria e Prática. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 26-31.

[103] DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 6. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 300-301.

[104] AZEVEDO, Álvaro Villaça. Emenda Constitucional do Divórcio. Disponível em: http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/villaca_emenda.doc. Acesso em: 10 jan. 2011.

[105] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 3. reimpr. Coimbra: Almedina, p. 1.224.

[106] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 3. reimpr. Coimbra: Almedina, p. 1.226.

[107] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 3. reimpr. Coimbra: Almedina, p. 1.226.

[108] DELGADO, Mário Luiz. A nova redação do § 6.º do art. 226 da CF/1988: por que a separação de direito continua a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro. *Separação, divórcio, partilha e inventários extrajudiciais*. Questionamentos sobre a Lei 11.441/2007. 2. ed. Coord. Antonio Carlos Mathias Coltor e Mário Luiz Delgado. São Paulo: Método, 2011. p. 25-48.

[109] SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Emenda do Divórcio: cedo para comemorar. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=648>. Acesso em: 15 dez. 2010.

[110] Conforme entrevista dada ao *Jornal Carta Forense*, com o título: Emenda do Divórcio. Outras impressões. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=6075>. Acesso em: 15 dez. 2010.

[111] TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *A Emenda Constitucional do Divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2011.

[112] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. v. IV. p. 129.

[113] VELOSO, Zeno. Novo casamento do cônjuge do ausente. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc.asp>. Acesso em: 11 ago. 2010.

[114] LÔBO, Paulo. Divórcio: alteração constitucional e suas consequências. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=570>. Acesso em: 12 fev. 2010.

[115] GAGLIANO, Pablo Stolze. A nova emenda do divórcio: primeiras reflexões. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/pablo_pecdiv.doc>. Acesso em: 13 jul. 2010.

[116] GROENINGA, Giselle Câmara. Sem mais desculpas – é tempo de responsabilidade. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). *Direito das Famílias*. Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: IBDFAM-RT, 2010. p. 166.

[117] Por todos, na doutrina italiana: ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *Trattado di Diritto Privado*. Obbligazione e contratti. Torino: UTET, Ristampa, 1987. p. 210-221.

[118] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 80.

[119] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 7, p. 311.

[120] SIMÃO, José Fernando. Guarda compartilhada obrigatória. Mito ou realidade? O que muda com a aprovação do PL 117/2013. Disponível em: <www.professorsimao.com.br>. Acesso em: 28 nov. 2014.

[121] TARTUCE, Fernanda. *Processo civil aplicado ao direito de família*. São Paulo: Método, 2012. p. 29.

[122] SIMÃO, José Fernando. Guarda compartilhada obrigatória. Mito ou realidade? O que muda com a aprovação do PL 117/2013. Disponível em: <www.professorsimao.com.br>. Acesso em: 28 nov. 2014.

[123] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 609.

[124] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias. 4. ed*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 397.

[125] LÔBO, Paulo. Divórcio: alteração constitucional e suas consequências. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=570>. Acesso em: 12 fev. 2010; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Divórcio. Teoria e Prática. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 120; DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 6. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 518-519.

[126] TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. Direito de Família. 5. ed. São Paulo: Método, 2010. V. 5, Capítulo 7.

[127] Nesse sentido: LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 151; SIMÃO, José Fernando. *Efeitos patrimoniais*

da união estável. Direito de Família no Novo Milênio. Estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça Azevedo. Chinellato, Simão, Fujita e Zucchi (Coords.). São Paulo: Atlas, 2010. p. 351.

[128] Sobre o tema, ver: AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da Família de Fato*. São Paulo: Atlas, 2005.

[129] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Direito de Família. São Paulo: Saraiva 2011. v. 6, p. 429-436.

[130] Concluindo desse modo, com total razão: VELOSO, Zeno. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 171; LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 161; SIMÃO, José Fernando. *Efeitos patrimoniais da união estável*. Direito de Família no Novo Milênio. Estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça Azevedo. Chinellato, Simão, Fujita e Zucchi (Coords.). São Paulo: Atlas, 2010. p. 360; DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed. São Paulo: RT, p. 170.

[131] DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 163.

[132] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6, p. 457-469.

[133] Conforme conclusão anterior, constante em artigo científico escrito por este autor: TARTUCE, Flávio. Separados pelo casamento. Um ensaio sobre o concubinato, a separação de fato e a união estável. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister, n. 08, fev/mar. 2009, p. 58-67.

[134] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Direito de Família. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 5, p. 364-365.

[135] OLIVEIRA, Euclides de. *União estável* – Do concubinato ao casamento. 6. ed. São Paulo: Método, 2003. p. 128.

[136] MADALENO, Rolf. A união (ins) estável. Relações paralelas. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/Rolf_uniaoestavel.doc>. Acesso em: 21 jun. 2010.

[137] TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. Direito de Família. 4. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 5, p. 286.

[138] DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 165-166.

[139] CAHALI, Francisco José. *Contrato de convivência*. São Paulo: Saraiva, 2003.

[140] AZEVEDO, Álvaro. Villaça. *Estatuto da Família de Fato*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 447.

[141] OLIVEIRA, Euclides de; HIRONAKA, Giselda M. F. N. Distinção jurídica entre união estável e concubinato. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2004. v. 3, p. 247.

[142] BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Manual de direito civil*. Direito de Família e das Sucessões. São Paulo: Método, 2005. v. 4, p. 100.

[143] Concluindo desse modo: RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Direito de Família. 25. ed. 3. tir. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 6, p. 271. Trata-se de trecho atualizado por Francisco José Cahali. Para Maria Berenice Dias o dispositivo da Lei de Registros Públicos até pode ser aplicado desde que sejam afastadas todas as previsões que entram em confronto com o princípio da igualdade (DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 166).

[144] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Direito de Família. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 5, p. 355.

[145] VENOSA, Silvio de Salvo. *Homoafetividade e o direito*. Direito de Família no novo Milênio. Estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2010. p. 388.

[146] DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 187-190.

[147] Veja-se a crítica formulada por José de Oliveira Ascensão, para quem "Os interesses da mãe prevalecem assim sobre o interesse do ser que ela concebe" (ASCENSÃO, José de Oliveira. Procriação medicamente assistida e relação de paternidade. In: HIRONAKA, Giselda; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando (Coords.). *Direito de Família e das Sucessões*. Temas Atuais. São Paulo: Método, 2009. p. 356).

[148] Cf. ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil anotado*. São Paulo: Método, 2005. p. 2.

[149] DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 479; DIAS, Maria Berenice. *Manual*

de Direito das Famílias. 5. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 328.

[150] DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 482

[151] DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 340.

[152] MOREIRA, Fernanda de Souza. O direito a alimentos do nascido do banco de sêmen e a legitimação passiva do doador na inseminação artificial heteróloga: uma colisão de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões*. Porto Alegre: Magister, n. 15, ano XII, abril-maio 2010, p. 30-49.

[153] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Direito de família. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 5, p. 429.

[154] Por todos: ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil anotado*. São Paulo: Método, 2005. p. 814.

[155] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.130.

[156] Com tom relevante de crítica, veja-se o trabalho de João Baptista Villela intitulado *Art. 1.601*, publicado com autorização de seu autor no livro escrito em coautoria com José Fernando Simão (TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. Direito de Família. 4. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 5, p. 390-400).

[157] BRITO, Leila Torraca. *Paternidades contestadas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 82.

[158] Tratando sobre o tema: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Multiparentalidade como efeito da socioafetivade nas famílias recompostas. *O Direito das Famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 190-218; ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JR., Walsir Edson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 381-383; BUNAZAR, Maurício. Pelas portas de Villela: um ensaio sobre a pluriparentalidade como realidade sociojurídica. *Revista IOB de Direito de Família*, n. 59, abril-maio de 2010, p. 63-73; PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. *Multiparentalidade*. A possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012; CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva*. Efeitos jurídicos. São Paulo: Atlas, 2014.

[159] BUNAZAR, Maurício. Pelas portas de Villela: um ensaio sobre a pluriparentalidade como realidade sociojurídica. *Revista IOB de Direito de Família*, n. 59, abril-maio de 2010, p. 73.

[160] Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br/jurisprudencias>. Acesso em: 23 abr. 2012.

[161] Conforme pesquisa realizada em artigo científico sobre o tema: TARTUCE, Flávio. A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no Direito Brasileiro. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2007. v. 6.

[162] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.141; RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Direito de Família. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 6, p. 320.

[163] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Código das Famílias comentado*. Leonardo Barreto Moreira Alves (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2010. p. 277.

[164] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 238.

[165] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6, p. 619.

[166] DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 354-355.

[167] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

[168] Conforme apontado por: ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. *Comentários à Lei Nacional da Adoção* – Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009. São Paulo: RT, 2009. p. 43.

[169] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.147-1.148.

[170] VENOSA, Silvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 1.483.

[171] DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 434.

[172] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 248.

[173] ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. *Comentários à Lei Nacional da Adoção* – Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009. São Paulo: RT, 2009. p. 44.

[174] RIOS, Roger Raupp. Adoção por casais homossexuais: admissibilidade. *Jornal Carta Forense*. São Paulo: junho de 2009. Matéria de capa. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=4233>. Acesso em: 11 nov. 2009.

[175] MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. Adoção, esquadrinhando o instituto à luz do sistema vigente. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br>. Acesso em: 1.º jul. 2010.

[176] MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Adoção, esquadrinhando o instituto à luz do sistema vigente*. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br>. Acesso em: 1.º jul. 2010.

[177] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 255.

[178] ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil anotado*. São Paulo: Método, 2005. p. 834.

[179] DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 418.

[180] GOMES, Orlando. *Direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 455; DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.201.

[181] Sobre o tema, como obra definitiva: FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

[182] DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 492.

[183] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 350.

[184] DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 485.

[185] TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. Direito de Família. 4. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 5, p. 416.

[186] TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. Direito de Família. 4. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 5, p. 418-419.

[187] MAZZEI, Rodrigo Reis. Litisconsórcio sucessivo: breves considerações. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; RAMOS, Glauco Gumerato; SHIMURA, Sergio (Coord.). *Atualidades do processo civil de conhecimento*. São Paulo: RT, 2006.

[188] DIDIER JR., Fredie. *Regras processuais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 125.

[189] MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 668.

[190] LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 349.

[191] DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 466.

[192] ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil anotado*. São Paulo: Método, 2005. p. 868.

[193] LÔBO, Paulo. Divórcio: alteração constitucional e suas consequências. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=570>. Acesso em: 12 fev. 2010.

[194] ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Método, 2009. p. 1.150.

[195] ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Método, 2009. p. 1.150.

[196] DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 509.

[197] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.229.

[198] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.235.

[199] ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil anotado*. São Paulo: Método, 2005. p. 894.

[200] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.238.

[201] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.244.

[202] ASSUNÇÃO, Alexandre Guedes Alcoforado. *Código Civil comentado*. In: FIÚZA, Ricardo; SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coords.). 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1.925.

[203] OLIVEIRA, Euclides de. Decisão comentada. Ministério Público na Interdição. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões*. Porto Alegre: IBDFAM-Magister, n. 00, out.-nov. 2007, p. 83.

[204] ABREU, Célia Barbosa. *Curatela e interdição civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

[205] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.258.

[206] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Comentários ao novo Código Civil*. Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. XX, p. 495.

9

DIRITO DAS SUCESSÕES

9.1 CONCEITOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO DAS SUCESSÕES

O livro referente ao Direito das Sucessões é o último do CC/2002, assim como ocorria com o Código de 1916. E não poderia ser diferente, pois a morte deve fechar qualquer codificação que se diga valorizadora da vida civil da pessoa humana. Nota-se, portanto, que o termo *sucessões*, para os fins do presente capítulo, deve ser lido apenas para incorporar a sucessão *mortis causa*, ou seja, que decorre da morte. Não se pode esquecer, todavia, que há a sucessão por ato *inter vivos*, que pode estar presente em várias situações, como naquela em que uma empresa sucede a outra por questões contratuais.

Como leciona José de Oliveira Ascensão, um dos fundamentos da sucessão *mortis causa* é a *exigência da continuidade da pessoa humana*, sendo pertinente transcrever suas lições:

> "O Direito das Sucessões realiza a finalidade institucional de dar a continuidade possível ao descontínuo causado pela morte.
>
> A continuidade a que tende o Direito das Sucessões manifesta-se por uma pluralidade de pontos de vista.
>
> No plano individual, ele procura assegurar finalidades próprias do autor da sucessão, mesmo para além do desaparecimento deste. Basta pensar na relevância do testamento.
>
> A continuidade deixa marca forte na figura do herdeiro. Veremos que este é concebido ainda hoje como um continuador pessoal do autor da herança, ou *de cujus*. Este aspecto tem a sua manifestação mais alta na figura do herdeiro legitimário.
>
> Mas tão importante como estas é a continuidade na vida social. O falecido participou desta, fez contratos, contraiu dívidas... Não seria razoável que tudo se quebrasse com a morte, frustrando os contraentes. É necessário, para evitar sobressaltos na vida social, assegurar que os centros de interesses criados à volta do autor da sucessão prossigam quanto possível sem fracturas para além da morte deste".[1]

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka apresenta como fundamento pertinente para o Direito das Sucessões a necessidade de alinhar o Direito de Família ao direito de propriedade, eis que "o fundamento da transmissão *causa mortis* estaria não apenas na continuidade patrimonial, ou seja, na manutenção pura e simples dos bens na família como forma de acumulação de capital que estimularia a poupança, o trabalho e a economia, mais ainda e principalmente no 'fator de proteção, coesão e de perpetuidade da família'".[2]

A partir das lições dos Mestres, conclui-se que o Direito Sucessório está baseado no direito de propriedade e na sua função social (art. 5.º, XXII e XXIII, da CF/1988). Porém, mais do que isso, a sucessão *mortis causa* tem esteio na valorização constante da dignidade humana, seja do ponto de vista individual ou coletivo, conforme o art. 1.º, III e o art. 3.º, I, da Constituição Federal de 1988.

Em termos gerais, duas são as modalidades básicas de sucessão *mortis causa*, o que pode ser retirado do art. 1.786 do CC:

→ Sucessão legítima – aquela que decorre da lei, que enuncia a ordem de vocação hereditária, presumindo a vontade do autor da herança. É também denominada *sucessão ab intestato* justamente por inexistir testamento.

→ Sucessão testamentária – tem origem em ato de última vontade do morto, por testamento, legado ou codicilo, mecanismos sucessórios para exercício da autonomia privada do autor da herança.

A completar essa divisão, preconiza o art. 1.788 do CC que, morrendo a pessoa sem deixar testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos. O mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento. Ainda, vale e é eficaz a sucessão legítima se o testamento caducar ou for julgado nulo (nulidade absoluta). Em suma, a ordem de raciocínio a ser seguida na sucessão é primeiro de investigar a existência de disposição de última vontade que seja válida e eficaz. Não havendo tal disposição, vige a ordem de sucessão legítima estabelecida em lei.

Nas duas formas da sucessão, o regramento fundamental consta do art. 1.784 do CC, pelo qual aberta a sucessão – o que ocorre com a morte da pessoa –, a herança transmite-se, desde logo, aos

herdeiros legítimos e testamentários. Trata-se da consagração da máxima *droit de saisine*. A expressão, segundo Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado, tem origem na expressão gaulesa *le mort saisit le vif*, pela qual "com a morte, a herança transmite-se imediatamente aos sucessores, independentemente de qualquer ato dos herdeiros. O ato de aceitação da herança, conforme veremos posteriormente, tem natureza confirmatória".[3]

Várias decorrências práticas surgem da regra, conforme se depreende da análise da jurisprudência superior. De início, para ilustrar, conforme decisão publicada no *Informativo* n. *315 do STJ*, em março de 2007, se o falecido deixar quotas de uma sociedade aos seus herdeiros, todos eles, em condomínio, são detentores das ações, possuindo legitimidade para postular a dissolução da sociedade familiar (STJ, REsp 650.821/AM, Rel. Min. César Asfor Rocha, j. 27.03.2007).

Do mesmo modo, para concretizar a aplicação do direito de *saisine*, o mesmo Tribunal Superior concluiu que o compossuidor que recebe a posse da herança em razão de tal regramento tem direito à proteção possessória contra os outros compossuidores herdeiros, nos seguintes termos:

> "Existindo composse sobre o bem litigioso em razão do *droit de saisine* é direito do compossuidor esbulhado o manejo de ação de reintegração de posse, uma vez que a proteção à posse molestada não exige o efetivo exercício do poder fático – requisito exigido pelo tribunal de origem. O exercício fático da posse não encontra amparo no ordenamento jurídico, pois é indubitável que o herdeiro tem posse (mesmo que indireta) dos bens da herança, independentemente da prática de qualquer outro ato, visto que a transmissão da posse dá-se *ope legis*, motivo pelo qual lhe assiste o direito à proteção possessória contra eventuais atos de turbação ou esbulho. Isso posto, a Turma deu provimento ao recurso para julgar procedente a ação de reintegração de posse, a fim de restituir aos autores da ação a composse da área recebida por herança. Precedente citado: REsp 136.922-TO, DJ 16/3/1998" (STJ, REsp 537.363/RS, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Des. convocado do TJRS), j. 20.04.2010, *Informativo* n. *431* do STJ).

Por fim, os Tribunais Superiores entendem que, para os fins tributários de incidência do Imposto de Transmissão *Causa Mortis (ITCD)*, deve-se levar em conta o momento do falecimento do autor da herança, outra decorrência da máxima da *saisine* (Súmula 112 do STF). Apesar de a ementa ser do ano de 1963, a jurisprudência superior mais recente continua aplicando o seu teor (ver, por todos: REsp 1.142.872/RS, Rel. Min. Humberto Martins, 2.ª Turma, j. 20.10.2009, *DJe* 29.10.2009). Como se pode notar, e isso consta da última decisão colacionada, o direito de *saisine* faz com que o inventário tenha mero intuito declaratório da morte anterior.

Superado esse conceito fundamental, enuncia o art. 1.785 do CC que a sucessão abre-se no lugar do último domicílio do falecido. O dispositivo é complementado pelo art. 96 do CPC, pelo qual o foro do domicílio do autor da herança (falecido), no Brasil, é o competente para o inventário, a partilha, a arrecadação, o cumprimento de disposições de última vontade e todas as ações em que o espólio for réu, ainda que o óbito tenha ocorrido no estrangeiro. Ato contínuo, ainda pelo Estatuto Processual, é competente o foro:

I) Da situação dos bens, se o autor da herança não possuía domicílio certo. Exemplos: casos de nômades e circenses.

II) Do lugar em que ocorreu o óbito se o autor da herança não tinha domicílio certo e possuía bens em lugares diferentes.

Anote-se que a regra do foro de último domicílio do falecido prevalece mesmo nas hipóteses de complexidade patrimonial. Para exemplificar, o STJ fez prevalecer a regra mesmo na hipótese em que o morto tinha 55 imóveis e 81 demandas em outra Comarca (CC 40.717/RS publicado no *Informativo* n. *208*, de maio de 2004, Rel. Min. Nancy Andrighi).

Não se pode esquecer que nos casos de sucessão envolvendo estrangeiros ou bens no exterior, há regras específicas. De início, preconiza o art. 10 da Lei de Introdução que a sucessão por morte ou por ausência obedece à lei do país em que domiciliado o defunto ou o desaparecido, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens. Em complemento, a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do *de cujus* (art. 5.º, XXXI, da CF/1988 e art. 10, § 1.º, da Lei de Introdução). Além disso, a norma do domicílio do herdeiro ou legatário regula a sua capacidade para suceder (art. 10, § 2.º, da Lei de Introdução).

O Direito das Sucessões situa-se no plano da eficácia dos atos e negócios jurídicos em geral, o que justifica a regra do art. 1.787 do CC, segundo a qual regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela. Quanto à capacidade de suceder, o STF já aplicou a regra comentada, ao concluir: "rege-se, a capacidade de suceder, pela lei da época da abertura da sucessão, não comportando, assim, eficácia retroativa, o disposto no art. 227, § 6.º, da Constituição" (STF, RE 162.350, Rel. Min. Octavio Gallotti, j. 22.08.1995, 1.ª Turma, *DJ* 22.09.1995).

Ainda no que concerne à aplicação da norma, mesmo que a pessoa tenha vivido a maior parte da sua existência na vigência do CC/1916, se o seu falecimento ocorrer na vigência do CC/2002, será regulada pelo último diploma. De outro modo, se o falecimento ocorreu antes de 11 de janeiro de 2003 – data da entrada em vigor do atual Código Civil, segundo o entendimento majoritário –, será regido pela codificação anterior. Nessa linha, não deixa dúvidas o art. 2.041 do CC/2002, importante norma de direito intertemporal: "As disposições deste Código relativas à ordem da vocação hereditária (arts. 1.829 a 1.844) não se aplicam à sucessão aberta antes de sua vigência, prevalecendo o disposto na lei anterior".

Duas são as modalidades de herdeiros previstas no Direito Brasileiro, o que do mesmo modo é primaz para a compreensão dos institutos sucessórios:

→ *Herdeiros necessários, forçados ou reservatários* – têm a seu favor a proteção da legítima, composta por metade do patrimônio do autor da herança (art. 1.846 do CC). Calcula-se a legítima sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão, abatidas as dívidas e as despesas do funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos à colação

(art. 1.847). Para a concreta proteção da legítima, prevê o art. 1.789 do CC que, em havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança. Faz o mesmo o art. 549 do CC no tocante à doação, ao dispor que nula é a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento (nulidade parcial da doação inoficiosa). São reconhecidos como herdeiros necessários pelo CC/2002 os descendentes (até o infinito), os ascendentes (também sem qualquer restrição) e o cônjuge (art. 1.845). A inclusão do cônjuge como herdeiro necessário é uma das grandes novidades do sistema sucessório em vigor. Não se pode esquecer que o herdeiro necessário a quem o testador deixar a sua parte disponível, ou algum legado, não perde o direito à legítima (art. 1.849 do CC).

→ *Herdeiros facultativos* – não têm a seu favor a proteção da legítima, podendo ser preteridos por força de testamento (art. 1.850 do CC). É o caso do companheiro ou convivente e dos colaterais até quarto grau (irmão, tios, sobrinhos, primos, tios-avôs e sobrinhos-netos).

Para finalizar o estudo dos preceitos gerais e básicos relativos à sucessão *mortis causa*, deve-se atentar ao fato de ser o direito à herança garantido como um direito fundamental pelo art. 5.º, XXX, da Constituição Federal de 1988. Vários são os exemplos de concreção da norma constitucional, em um sadio diálogo entre o Direito das Sucessões e o Direito Constitucional (Direito Civil Constitucional).

Como primeiro, cite-se a conclusão do Tribunal Gaúcho no sentido de valer a norma para a interpretação da Lei 6.858/1980, que prescreve que os valores devidos pelos empregadores aos empregados e os montantes das contas individuais do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e do Fundo de Participação PIS-PASEP serão pagos, em quotas iguais, aos dependentes habilitados. Vejamos uma das ementas, que faz prevalecer a ordem de sucessão hereditária:

> "Apelação cível. Inventário. Levantamento de valores do FGTS, PIS/PASEP e verbas rescisórias. Filhos. Dependentes habilitados perante a previdência social. Os valores depositados em nome da *de cujus* junto a instituições bancárias, relativos ao FGTS, ao PIS/PASEP e verbas rescisórias, devem ser levantados igualmente por todos os filhos dela. Atenção ao princípio constitucional da isonomia. A Lei n.º 6.858/1980 não pode afastar direito fundamental constitucionalmente assegurado à herança (CR, art. 5.º, XXX). A referida Lei não alterou a ordem de vocação hereditária. Ao contrário, tem cunho mais processual do que material. Deram provimento" (TJRS, Acórdão Cível 70035087394, Porto Alegre, 8.ª Câmara Cível, Rel. Des. Rui Portanova, j. 10.06.2010, *DJERS* 18.06.2010).

Do mesmo modo, para ilustrar, fazendo incidir o art. 5.º, XXX, da CF/1988, adianta-se que alguns julgados reconhecem a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC, que trata da sucessão do companheiro, por estar distante da sucessão do cônjuge (nesse sentido, ver: TJSP, Agravo de Instrumento 567.929.4/0, Acórdão 3.248.774, Jundiaí, 4.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Eduardo Loureiro, j. 11.09.2008, *DJESP* 17.11.2008). O tema será abordado em momento oportuno, sendo um dos grandes desafios do Direito Sucessório Contemporâneo no Brasil.

Do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro pode ser destacado acórdão que expressa que, pelo fato de o direito à herança ser um direito fundamental, pode o juiz reconhecer a sua proteção de ofício, independentemente de alegação da parte:

> "Direito Processual Civil. Embargos de declaração. Ponto omisso. Alegação de intempestividade da apelação. Rejeição. O direito à herança está previsto no artigo 5.º, XXX, da Constituição da República, no rol dos direitos fundamentais, sendo, portanto, matéria de ordem pública, cognoscível pelo magistrado de ofício, independente, até mesmo, de qualquer alegação das partes. Assim, seja como for, diante da remessa dos autos a essa instância superior, a cassação da sentença se impõe, a fim de se garantir a correta partilha dos bens a inventariar. Rejeição dos embargos" (TJRJ, Embargos de Declaração na Apelação Cível 2009.001.53173, 6.ª Câmara Cível, Rel. Des. Gilberto Rego, j. 27.01.2010, *DORJ* 12.02.2010, p. 188).

Por fim, em relação às concreções práticas do direito fundamental à herança, o Tribunal de Justiça de São Paulo, com razão, deduziu que há um entendimento consolidado segundo o qual, em havendo êxito em processo judicial proposto por trabalhador falecido, o valor que deveria ser-lhe pago faz parte da herança, devendo ser rateada entre os seus sucessores (TJSP, Agravo de Instrumento 797.896.5/4, Acórdão 3318551, São José dos Campos, 17.ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Antonio José Martins Moliterno, j. 21.10.2008, *DJESP* 04.12.2008).

9.2 DA HERANÇA E DE SUA ADMINISTRAÇÃO

A herança é o conjunto de bens formado com o falecimento do *de cujus* (autor da herança). Conforme o entendimento majoritário da doutrina, a herança forma o espólio, que constitui um ente despersonalizado ou despersonificado e não de uma pessoa jurídica, havendo uma *universalidade jurídica*, criada por ficção legal.[4] A norma processual reconhece legitimidade ativa ao espólio, devidamente representado pelo inventariante (art. 12, V, do CPC). Não se pode esquecer que o direito à sucessão aberta e o direito à herança constituem bens imóveis por determinação legal, conforme consta do art. 80, II, do CC. Isso ocorre mesmo se a herança for composta apenas por bens móveis, caso de dinheiro e veículos.

Além de sua imobilidade, a herança é um bem indivisível antes da partilha. Nos termos do art. 1.791 do CC, a herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros. Pelo mesmo comando legal, até a partilha, o direito dos coerdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, será indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio. Forma-se, então, um *condomínio eventual pro indiviso* em relação aos bens que integram a herança, até o momento da partilha entre os herdeiros.

Como consequência da existência desse condomínio, existem restrições ao direito do herdeiro em ceder o quinhão hereditário a outrem. Como é notório, o *caput* do art. 1.793 do CC consagra a possibilidade de o direito à sucessão aberta, bem como o quinhão de que disponha o coerdeiro, ser objeto de cessão por escritura pública.

Como primeira restrição, enuncia o § 2.º do art. 1.793 que é ineficaz a cessão, pelo coerdeiro, de seu direito hereditário sobre qualquer bem da herança considerado singularmente. Ilustrando, se um herdeiro vender um veículo que compõe a herança, isoladamente, tal alienação é ineficaz. Por

opção do legislador a venda não é nula ou anulável, mas apenas não gera efeitos. Em suma, o problema não atinge o *segundo degrau da Escada Ponteana*, mas o *terceiro*.

Do mesmo modo, a lei considera como ineficaz a disposição por qualquer herdeiro, sem prévia autorização do juiz da sucessão, de bem componente do acervo hereditário, pendente a indivisibilidade (art. 1.793, § 3.º, do CC). Trazendo interessante aplicação desse último comando, colaciona-se, do Tribunal do Distrito Federal:

> "Agravo de Instrumento. Inventário. Direito de *saisine*. Transmissão da herança. Partilha. Indivisibilidade. Sub-rogação de bem. De acordo com o direito de *saisine*, previsto no artigo 1.784 do Código Civil, a transmissão dos bens aos herdeiros ocorre desde logo, com o falecimento de seu proprietário. Contudo, não obstante a imediata transferência da titularidade, a partilha somente ocorre em fase posterior, após a abertura do inventário e a arrecadação dos bens do falecido. Por sua vez, o artigo 1.791, *caput* e parágrafo único, do Código Civil, estabelece que, até a partilha, a herança é indivisível: 'Art. 1.791. A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros. Parágrafo único. Até a partilha, o direito dos coerdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, será indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio'. O imóvel adquirido com os recursos da venda de um bem que já pertencia ao espólio passa a compor, em sub-rogação, o condomínio ainda indiviso dos herdeiros, guardadas as mesmas características do bem substituído. Não pode, portanto, ser vendido sem anuência dos demais herdeiros e autorização judicial, a teor do que dispõe o artigo 1.793, § 3.º, do Código Civil: '§ 3.º Ineficaz é a disposição, sem prévia autorização do juiz da sucessão, por qualquer herdeiro, de bem componente do acervo hereditário, pendente a indivisibilidade'. Agravo conhecido e não provido" (TJDF, Recurso 2009.00.2.003608-2, Acórdão 360.780, 6.ª Turma Cível, Rel.ª Des.ª Ana Maria Duarte Amarante Brito, *DJDFTE* 12.06.2009, p. 105).

Outra importante limitação à autonomia privada consta do art. 1.794 do CC, pelo qual o coerdeiro não poderá ceder a sua quota hereditária a pessoa estranha à sucessão, se outro coerdeiro a quiser, tanto por tanto. A norma consagra um *direito de preempção, preferência ou prelação legal* a favor do herdeiro condômino. Se o coerdeiro for preterido em tal direito, poderá, depositado o preço, haver para si a quota cedida a estranho (art. 1.795 do CC).

Nos termos da última norma, essa *ação de adjudicação* está sujeita ao prazo decadencial de 180 dias, a contar da transmissão do bem. Diante da valorização da boa-fé objetiva, este autor entende que o prazo deve ser contado da ciência da realização da alienação e não da alienação em si. Concluindo desse modo, da jurisprudência mineira:

> "Direito Civil. Cessão de direitos hereditários. Direito de preferência. Inobservância. Demais herdeiros. Prazo decadencial para o exercício. A Cessão de direitos hereditários, sem a observância do direito de preferência dos demais herdeiros, encontra óbice no art. 1.795 do Código Civil/2002, que prescreve que 'o coerdeiro, a quem não se der conhecimento da cessão, poderá, depositado o preço, haver para si a quota cedida a estranho, se o requerer até 180 (cento e oitenta) dias após a transmissão'. O prazo decadencial imposto ao coerdeiro prejudicado conta-se a partir da transmissão, contudo, será contado apenas da sua ciência acerca do negócio jurídico quando não é seguida a formalidade legal imposta pelo art. 1.793 do CC e a transmissão não se dá por escritura pública" (TJMG, Apelação Cível 1.0251.07.021397-9/0011, Extrema, 11.ª Câmara Cível, Rel. Des. Fernando Caldeira Brant, j. 08.07.2009, *DJEMG* 20.07.2009).

Em complemento, sendo vários os coerdeiros a exercer a preferência legal, entre eles se distribuirá o quinhão cedido, na proporção das respectivas quotas hereditárias (art. 1.795, parágrafo único, do CC).

O art. 1.792 do CC consagra a máxima sucessória *intra vires hereditatis*, prevendo que o herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança. Ao herdeiro cabe o ônus de provar o excesso, salvo se houver inventário que a escuse, demonstrando o valor dos bens herdados. Várias concreções práticas da regra podem ser mencionadas, com destaque para as seguintes:

– Os herdeiros respondem pelas dívidas do *de cujus* somente até os limites da herança e proporcionalmente às suas quotas. Exemplo: o falecido deixou dois herdeiros e um patrimônio de R$ 500.000,00. Deixou, ainda, uma dívida de R$ 1.000.000,00. Cada herdeiro somente responde nos limites das suas quotas na herança (R$ 250.000,00).

– Como os herdeiros respondem dentro das forças da herança, eventual penhora de bens não pode recair sobre a meação dos cônjuges dos herdeiros casados pela comunhão parcial de bens, eis que excluídos da comunhão os bens recebidos por herança (TJSP, Agravo de Instrumento 804.500.5/2, Acórdão 3.236.489, Itapeva, 8.ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Carvalho Viana, j. 03.09.2008, *DJESP* 15.10.2008).

– Nos contratos impessoais, a obrigação do falecido transmite-se aos herdeiros. É o caso, por exemplo, da empreitada, em regra (art. 626 do CC). O ônus que é transmitido aos herdeiros vai até os limites da herança (STJ, REsp 703.244/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 15.04.2008, *DJe* 29.04.2008).

– Nos contratos pessoais ou personalíssimos (*intuitu personae*), a obrigação do falecido não se transmite aos herdeiros, como ocorre na prestação de serviços (art. 607 do CC). O exemplo da fiança merece maiores digressões, eis que a condição de fiador não se transmite aos seus herdeiros. Porém, são transmitidas aos herdeiros as obrigações vencidas enquanto era vivo o fiador, até os limites da herança (art. 836 do CC).

– Se um dos devedores solidários falecer deixando herdeiros, cada um destes será obrigado a pagar a quota que corresponder ao seu quinhão hereditário, nos limites da herança (correta interpretação do art. 276 do CC).

– "O espólio sucede o *de cujus* nas suas relações fiscais e nos processos que os contemplam como objeto mediato do pedido. Consequentemente, o espólio responde pelos débitos até a abertura da sucessão, segundo a regra *intra vires hereditatis*" (STJ, REsp 499.147/PR, Rel. Min. Luiz Fux, 1.ª Turma, j. 20.11.2003, *DJ* 19.12.2003, p. 336).

O Código Civil Brasileiro de 2002 consagra um prazo de 30 dias, a contar da abertura da sucessão (o que se dá pela morte), para a abertura do inventário do patrimônio hereditário (art. 1.796 do CC). O art. 983 do CPC, conforme redação que foi dada pela Lei 11.441/2007, prevê um prazo de abertura do inventário de 60 dias, a contar do falecimento. Determina, ainda, o Estatuto Processual que o inventário seja encerrado nos 12 meses subsequentes à abertura, podendo o juiz prorrogar tais prazos, de ofício ou a requerimento de parte. A correta interpretação é que o dispositivo processual revogou o preceito material, por ser norma posterior que trata da matéria de forma integral. A respeito das consequências decorrentes do descumprimento dessa regras, precisas são as palavras de Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim:

"É comum haver atraso na abertura do inventário. Diversas as razões, como o trauma decorrente da perda de um ente

familiar, dificuldades financeiras, problemas na contratação de advogado ou necessidade de diligências para localização dos bens e sua documentação.

A inércia do responsável poderá ensejar a atuação de outro interessado na herança, que tenha legitimidade concorrente (art. 988 do CPC), ou providência *ex officio* (art. 989 do CPC).

Requerimento fora do prazo não implica indeferimento de abertura do inventário pelo juiz, mesmo porque se trata de procedimento obrigatório, não sujeito a prazo fatal.

Mas o atraso na abertura do processo de inventário, quando superior a 60 (sessenta) dias, acarretará acréscimo dos encargos fiscais, pela incidência de multa de 10% sobre o importe a recolher, além dos juros de mora. Se o atraso for superior a 180 (cento e oitenta) dias a multa será de 20% (previsão da lei paulista 9.591/1966, art. 27, repisada pela Lei 10.705/2000, artigo 21, inciso I)".[5]

A respeito da última penalidade, ressalte-se que os juristas citam a legislação paulista, o que não vale para outras Unidades da Federação, que têm normas próprias. De todo modo, em suma, o atraso na abertura do inventário gera consequências fiscais para os herdeiros.

Como é notório, a administração do inventário cabe ao inventariante, assunto que ainda será aprofundado nesta obra. Todavia, nos termos do art. 1.797 do CC, até o compromisso do inventariante, a administração da herança caberá a um *administrador provisório* ou *ad hoc*, de acordo com a seguinte ordem sucessiva:

I) Ao cônjuge ou companheiro, se com o outro convivia ao tempo da abertura da sucessão.

II) Ao herdeiro que estiver na posse e administração dos bens, e, se houver mais de um nessas condições, ao mais velho.

III) Ao testamenteiro.

IV) À pessoa de confiança do juiz, na falta ou escusa das indicadas nos incisos antecedentes, ou quando tiverem de ser afastadas por motivo grave levado ao conhecimento do juiz.

Deve-se reconhecer que o rol descrito é meramente exemplificativo (*numerus apertus*) e não taxativo (*numerus clausus*), o que está de acordo com o sistema aberto adotado pela codificação de 2002. Desse modo, pode ser tido como administrador provisório um companheiro homoafetivo do falecido ou filho socioafetivo não registrado que esteja na posse dos bens do *de cujus*.

9.3 DA HERANÇA JACENTE E DA HERANÇA VACANTE

O objetivo do Direito das Sucessões é destinar os bens do falecido aos seus herdeiros. Entretanto, pode ocorrer que o *de cujus* não tenha deixado herdeiros, prevendo o art. 1.844 do CC que, não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado à herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas

respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal. Antes do destino final de tais *bens vagos*, que são *devolvidos ao Estado*, a lei consagra uma série de procedimentos, surgindo os conceitos de herança jacente e vacante que, do mesmo modo, constituem conjuntos de bens a formar um ente despersonalizado. Frise-se que, ao final do processo, o Estado não é herdeiro, mas um *sucessor irregular*, não estando sujeito ao *direito de saisine*.[6] Nesse sentido, da jurisprudência superior:

> "Agravo Regimental no Recurso Especial. Civil. Sucessão. Herança jacente. Estado/Município. Princípio da *saisine* ao ente público. Inaplicabilidade. Momento da vacância que não se confunde com o da abertura da sucessão ou da morte do *de cujus*. Declaração de vacância após a vigência da Lei 8.049/1990. Legitimidade para suceder do Município. Recurso improvido. 1. O agravante não trouxe qualquer subsídio capaz de afastar os fundamentos da decisão agravada. 2. Não se aplica o princípio da *saisine* ao ente público para a sucessão do bem jacente, pois o momento da vacância não se confunde com o da abertura da sucessão ou da morte do *de cujus*. 3. O Município é o sucessor dos bens jacentes, pois a declaração judicial da vacância ocorreu após a vigência da Lei 8.049/1990. 4. Agravo regimental improvido" (STJ, AgRg no REsp 1.099.256/RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, 3.ª Turma, j. 17.03.2009, *DJe* 27.03.2009).

Falecendo alguém sem deixar testamento nem herdeiro legítimo notoriamente conhecido, os bens da herança, depois de arrecadados, ficarão sob a guarda e administração de um curador, até a sua entrega ao sucessor devidamente habilitado ou à declaração de sua vacância. Trata-se da perpetuação da *herança jacente*, prevista no art. 1.819 do CC, que tem clara feição provisória, pois objetiva ao final a vacância da herança.

Enuncia o art. 1.142 do CPC que nos casos em que a lei civil considere jacente a herança, o juiz, em cuja Comarca tiver domicílio o falecido, procederá sem perda de tempo à arrecadação de todos os seus bens. A herança jacente ficará sob a guarda, conservação e administração de um *curador* até a respectiva entrega ao sucessor legalmente habilitado, ou até a declaração de vacância (art. 1.143 do CPC). Na esteira da jurisprudência, não se aplica a norma relativa ao administrador provisório, pela existência de preceitos próprios relacionados ao curador (nesse sentido: STJ, AgRg no Ag 475.911/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, 3.ª Turma, j. 16.10.2003, *DJ* 19.12.2003, p. 454).

Incumbe a esse curador: *a)* representar a herança em juízo ou fora dele, com assistência do órgão do Ministério Público (art. 12, IV, do CPC); *b)* ter em boa guarda e conservação os bens arrecadados e promover a arrecadação de outros porventura existentes; *c)* executar as medidas conservatórias dos direitos da herança; *d)* apresentar mensalmente ao juiz um balancete da receita e da despesa; *e)* prestar contas ao final de sua gestão (art. 1.144 do CPC).

Comparecendo à residência do morto, acompanhado do escrivão do curador, o juiz mandará arrolar os bens e descrevê-los em auto circunstanciado (art. 1.145, *caput*, do CPC). Não estando ainda nomeado o curador, o juiz designará um depositário e lhe entregará os bens, mediante simples termo nos autos, depois de compromissado (§ 1.º). O órgão do Ministério Público e o representante da Fazenda Pública serão intimados a assistir à arrecadação, que se realizará, porém, estejam

presentes ou não (§ 2.º).

Em tal diligência, o juiz examinará reservadamente os papéis, as cartas missivas e os livros domésticos. Verificando que não apresentam interesse, mandará empacotá-los e lacrá-los para serem assim entregues aos sucessores do falecido, ou queimados quando os bens forem declarados vacantes (art. 1.147 do CPC). Não podendo comparecer imediatamente por motivo justo ou por estarem os bens em lugar muito distante, o juiz requisitará à autoridade policial que proceda à arrecadação e ao arrolamento dos bens (art. 1.148 do CPC). Se constar ao juiz a existência de bens em outra Comarca, mandará expedir carta precatória a fim de serem arrecadados (art. 1.149 do CPC). Durante a arrecadação dos bens, o juiz inquirirá os moradores da casa e da vizinhança sobre a qualificação do falecido, o paradeiro de seus sucessores e a existência de outros bens, lavrando-se de tudo um auto de inquirição e informação (art. 1.150 do CPC).

Ato contínuo, praticadas as diligências de arrecadação e ultimado o inventário, serão expedidos editais na forma da lei processual. Nos termos do art. 1.152, *caput*, do CPC os editais serão estampados três vezes, com intervalo de 30 dias para cada um, no órgão oficial e na imprensa da comarca, para que venham a habilitar-se os sucessores do finado no prazo de seis meses contados da primeira publicação. Verificada a existência de sucessor ou testamenteiro em lugar certo, far-se-á a sua citação, sem prejuízo do edital (art. 1.152, § 1.º, do CPC). Quando o finado for estrangeiro, será também comunicado o fato à autoridade consular (art. 1.152, § 2.º, do CPC).

Decorrido um ano de sua primeira publicação, sem que haja herdeiro habilitado ou pendente a habilitação, será a herança declarada vacante, o que tem caráter definitivo para a destinação dos bens (arts. 1.157 do CPC e 1.820 do CC). Transitada em julgado a sentença que declarou a vacância, o cônjuge, os herdeiros e os credores só poderão reclamar o seu direito por ação direta (art. 1.158 do CPC). Não se olvide que "é entendimento consolidado neste Superior Tribunal de Justiça que os bens jacentes são transferidos ao ente público no momento da declaração da vacância, não se aplicando, desta forma, o princípio da *saisine*" (STJ, AgRg no Ag 851.228/RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3.ª Turma, j. 23.09.2008, *DJe* 13.10.2008). Além disso, a jurisprudência deduz que antes dessa declaração é possível a discussão referente à usucapião dos bens supostamente vagos. Para ilustrar:

> "Civil. Usucapião. Herança jacente. O Estado não adquire a propriedade dos bens que integram a herança jacente, até que seja declarada a vacância, de modo que, nesse interregno, estão sujeitos à usucapião. Recurso especial não conhecido" (STJ, REsp 36.959/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, 3.ª Turma, j. 24.04.2001, *DJ* 11.06.2001, p. 196).

> "Usucapião. Herança jacente. O bem integrante de herança jacente só é devolvido ao Estado com a sentença de declaração da vacância, podendo, até ali, ser possuído *ad usucapionem*. Precedentes. Recursos não conhecidos" (STJ, REsp 253.719/RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4.ª Turma, j. 26.09.2000, *DJ* 27.11.2000, p. 169).

Sendo declarada a vacância definitiva, é assegurado aos credores o direito de pedir o

pagamento das dívidas reconhecidas, nos limites das forças da herança (art. 1.821 do CC). Ademais, a declaração de vacância da herança não prejudica os herdeiros que legalmente se habilitarem. Todavia, decorridos cinco anos da abertura da sucessão, os bens arrecadados passarão ao domínio definitivo do Município ou do Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, incorporando-se ao domínio da União quando situados em território federal (art. 1.822, *caput*, do CC). Não se habilitando até a declaração de vacância, os colaterais ficarão excluídos da sucessão (art. 1.822, parágrafo único, do CC). Nota-se que com a declaração da vacância o Estado tem apenas a propriedade resolúvel dos bens. A propriedade passa a ser definitiva apenas cinco anos após a abertura da sucessão.

Ademais, quando todos os chamados a suceder renunciarem à herança, será esta desde logo declarada vacante (art. 1.823 do CC). A renúncia da herança ainda será estudada, oportunidade em que o sentido da norma será mais bem compreendido.

Por fim, para encerrar o estudo da herança jacente e da herança vacante é interessante reproduzir o quadro montado por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, com a demonstração de todos os prazos (termos iniciais e finais) relativos aos seus procedimentos:[7]

FENÔMENO	*Dies a quo* (termo inicial)	*Dies ad quem* (termo final)
Jacência	Abertura da sucessão sem herdeiros conhecidos	Aparecimento de herdeiro, habilitação procedente de herdeiro ou declaração de vacância
Prazo para publicação do primeiro edital	Término da arrecadação e do inventário	Não há
Prazo para publicação do segundo edital	Publicação do primeiro edital	30 dias
Prazo para publicação do terceiro edital	Publicação do segundo edital	30 dias
Prazo para publicação do quarto edital	Publicação do terceiro edital	30 dias
Prazo para habilitação	Publicação do primeiro edital	6 meses
Declaração de vacância	1 ano da publicação do primeiro edital	5 anos da abertura da sucessão
Aquisição da propriedade resolúvel pelo estado	Declaração de vacância	5 anos da abertura da sucessão
Aquisição da propriedade definitiva pelo Estado	5 anos da abertura da sucessão, desde que não estejam pendentes ações diretas de reconhecimento da condição de sucessor	Não há

9.4 DA VOCAÇÃO HEREDITÁRIA E OS LEGITIMADOS A SUCEDER

Assunto dos mais relevantes tem relação com as pessoas que são legitimadas a suceder ou

herdar. No presente ponto, o conceito central é a *legitimação*, que vem a ser uma capacidade especial para determinado ato jurídico (no caso, o ato é a sucessão).

Dispõe o art. 1.798 do CC que são legitimados a suceder as pessoas nascidas ou *já concebidas* no momento da abertura da sucessão. O dispositivo, sem correspondente no CC/1916, inova de forma substancial, ao reconhecer legitimação sucessória para o nascituro, aquele que foi concebido e ainda não nasceu. Sobre o sentido da norma, relevantes as lições de Zeno Veloso:

> "A lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (art. 2.º, segunda parte). Assim sendo, o *conceptus* (nascituro) é chamado à sucessão, mas o direito sucessório só estará definido e consolidado se nascer com vida, quando adquire personalidade civil ou capacidade de direito (art. 2.º, primeira parte). O nascituro é um ente em formação (*spes hominis*), um ser humano que ainda não nasceu. Se o concebido nascer morto, a sucessão é ineficaz".[8]

Não é diferente a conclusão de Maria Helena Diniz, para quem a capacidade sucessória do nascituro é excepcional, somente sucedendo se nascer com vida, "havendo um estado de pendência da transmissão hereditária, recolhendo seu representante legal a herança sob condição resolutiva. O já concebido no momento da abertura da sucessão e chamado a suceder adquire desde logo o domínio e a posse da herança como se já fosse nascido, porém, em estado potencial, como lhe falta personalidade jurídica material, nomeia-se um curador de ventre. Se nascer morto, será tido como se nunca tivesse existido, logo, a sucessão é ineficaz. Se nascer com vida, terá capacidade ou legitimação para suceder".[9]

O presente autor sempre se filiou aos ensinamentos da Professora Titular da PUCSP. Ressalvava, assim, que o nascituro é pessoa humana, tendo a *personalidade jurídica formal*, relativa aos direitos da personalidade (*teoria concepcionista*). Faltaria-lhe, porém, a personalidade jurídica material, relacionada aos direitos patrimoniais, caso do direito à herança.

Todavia, o autor desta obra tende a mudar sua posição. Isso porque, a partir da leitura dos trabalhos de Diogo Leite de Campos e Silmara Chinellato, está inclinado a entender que ao nascituro devem ser reconhecidos direitos sucessórios desde a concepção, o que representa a atribuição de uma personalidade civil plena a tal sujeito de direito.[10] Na mesma esteira, pondera Luiz Paulo Vieira de Carvalho que, "temos para nós que, se o nascituro nascer com vida, apenas confirma o direito sucessório preexistente, não sendo o nascimento com vida condição legal para que a personalidade exista, mas sim para que esta se consolide".[11] Cabe esclarecer, a propósito, que, apesar da transcrição anterior das palavras de Zeno Veloso, o jurista também parece que tende a mudar de posicionamento, conforme palestra proferida no *I Congresso Jurídico do Instituto Brasileiro de Direito Civil* (IBDCivil), em agosto de 2013, na cidade do Rio de Janeiro, sem prejuízo de outros eventos que foram compartilhados nos últimos tempos com este autor.

De fato, pensar o contrário parece representar um resquício da teoria natalista, que nega

personalidade ao nascituro. De qualquer modo, pontue-se que o entendimento majoritário continua sendo no sentido de que o nascituro somente terá direitos sucessórios se nascer com vida, pendendo uma condição para tal reconhecimento.

Outro aspecto tormentoso tem relação com a extensão da regra sucessória aos embriões havidos das técnicas de reprodução assistida. Respondendo positivamente, o Enunciado n. 267 do CJF/STJ, da *III Jornada de Direito Civil*, de autoria do jurista Guilherme Calmon Nogueira da Gama: “A regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança”.

O enunciado doutrinário não conta com o apoio de vários juristas, que entendem que o embrião está em situação jurídica diferente em relação ao nascituro, não merecendo tratamento equânime. Essa é a opinião, por exemplo, de Francisco José Cahali,[12] Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado.[13]

O presente autor compartilhava da última corrente, tida até como majoritária, conforme constava de obra escrita em coautoria com José Fernando Simão.[14] Isso porque acreditava que o embrião, a exemplo do nascituro, apesar de ter personalidade formal (direitos da personalidade), não teria a personalidade jurídica material (direitos patrimoniais), e só seria herdeiro por força de disposição testamentária, conforme se verá logo a seguir. Todavia, também aqui há uma tendência de mudança de nossa opinião, pois ao embrião igualmente deve ser reconhecida uma personalidade civil plena, inclusive no tocante à tutela sucessória, assim como ocorre com o nascituro.

De toda sorte, esclareça-se que o assunto ainda está em estudo por este autor. Reafirma-se que Zeno Veloso também parece tender a mudar sua posição anterior, aqui antes citada, conforme palestras ministradas em vários eventos no ano de 2013.

Pois bem, o art. 1.799 do CC preconiza que na *sucessão testamentária* podem ainda ser chamados a suceder:

> *I) Os filhos, ainda não concebidos de pessoas indicadas pelo testador (prole eventual), desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão*. Em casos tais, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz (art. 1.800, *caput*, do CC). Salvo disposição testamentária em contrário, a curatela caberá à pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro, e, sucessivamente, às pessoas indicadas no art. 1.775 do CC (art. 1.800, § 1.º, do CC). Os poderes, deveres e responsabilidades do curador, assim nomeado, regem-se pelas disposições concernentes à curatela dos incapazes, no que couber (art. 1.800, § 2.º, do CC). Nascendo com vida o herdeiro esperado, ser-lhe-á deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir da morte do testador (art. 1.800, § 3.º, do CC). Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos (art. 1.800, § 4.º, do CC). Todos esses comandos podem ser aplicados, por analogia, para o embrião beneficiado por testamento. Conforme o Enunciado n. 268 do CJF/STJ, “Nos termos do inc. I do art. 1.799, pode o testador beneficiar filhos de determinada origem, não devendo ser interpretada extensivamente a cláusula testamentária respectiva”. Para o presente autor, é perfeitamente possível beneficiar o embrião por testamento. Todavia, ele não está na mesma situação da prole eventual, pois deve ser considerado pessoa humana

desde a *concepção*. Diante dessa realidade, seus direitos devem ser reconhecidos a partir desse momento, havendo a possibilidade de sua inclusão posterior na sucessão por meio da petição de herança. Em suma, o entendimento deste autor é pela não aplicação do prazo de espera de dois anos para o embrião.

II) As pessoas jurídicas, que podem herdar por sucessão testamentária e não por sucessão legítima. Exemplo: testamento que beneficia uma associação já existente ao momento da morte.

III) As pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação. Exemplo: no testamento o autor da herança determina a criação de uma fundação, que irá receber os bens determinados (art. 62 do CC).

Por outra via, o CC/2002 determina no seu art. 1.801 que não podem ser nomeados herdeiros ou legatários, *não tendo legitimação sucessória*:

I) A pessoa que, a rogo (a pedido), escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos. A previsão tem um caráter ético indiscutível, tendendo a proteger a legitimidade do testamento como exercício da autonomia plena da liberdade individual.

II) As testemunhas do testamento, proibição que tem o mesmo fundamento da anterior, uma vez que não podem ter qualquer interesse direto no negócio jurídico em questão.

III) O concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos. A norma quer proteger o cônjuge, afastando qualquer direito do concubino ou amante. Como aponta Zeno Veloso, a proibição não abrange a disposição feita pelo testador solteiro, separado judicialmente ou extrajudicialmente, divorciado ou viúvo.[15] Ademais, conforme destaca o jurista, na linha da melhor jurisprudência, a proibição não se impõe se o testador já viver em união estável com o antigo concubino. Não se pode esquecer que o CC/2002 admite no seu art. 1.723, § 1.º, que o separado de fato tenha uma união estável sem a exigência de qualquer prazo para tanto. Nessa linha, o Enunciado n. 269 do CJF/STJ, da *III Jornada de Direito Civil:* "A vedação do art. 1.801, inc. III, do Código Civil não se aplica à união estável, independentemente do período de separação de fato (art. 1.723, § 1.º)".

IV) O tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar o testamento. Mais uma vez, na esteira dos dois primeiros incisos, o dispositivo tende a proteger a integridade ética do ato testamentário.

Em qualquer uma das situações legais descritas, são nulas – no sentido de nulidade absoluta textual – as disposições testamentárias em favor de pessoas não legitimadas a suceder, ainda quando simuladas sob a forma de contrato oneroso, ou feitas mediante interposta pessoa (art. 1.802 do CC). Presumem-se pessoas interpostas os ascendentes, os descendentes, os irmãos e o cônjuge ou companheiro do não legitimado a suceder (art. 1.802, parágrafo único, do CC). Na esteira da melhor doutrina, a presunção é absoluta (*iure et de iure*), não se admitindo prova em contrário, uma vez que fica claro o intuito de fraude em casos tais.[16]

A encerrar o presente tópico, prescreveu o art. 1.803 do CC/2002 que é lícita a deixa ao filho do concubino ou amante, quando também o for do testador. A inovação segue a esteira do entendimento jurisprudencial, pois a antiga Súmula 447 do STF já previa que "É válida a disposição testamentária em favor do filho adulterino do testador com a sua concubina". Trata-se de aplicação inafastável do *princípio da igualdade entre os filhos*, retirado do art. 227, § 6.º, da CF/1988 e do

art. 1.596 do CC. Como é notório, todos os filhos são iguais, havidos ou não da relação de casamento, não cabendo mais qualquer expressão discriminatória, como a que consta da antiga súmula.

9.5 DA ACEITAÇÃO E RENÚNCIA DA HERANÇA

A aceitação da herança é o ato do herdeiro que *confirma* a transmissão da herança. Não se trata do ato que gera a transmissão da herança em si, o que ocorre, por força do art. 1.784 do CC e da *saisine*, com abertura da sucessão, que se dá pela morte do falecido. Como aponta Zeno Veloso, "a aceitação é necessária porque ninguém pode ser herdeiro contra a sua vontade, conforme o antigo brocardo: *invito non datur beneficium* (ao constrangido, ou a quem não quer, não se dá o benefício".[17] Conforme o art. 1.804, *caput*, do CC, aceita a herança, torna-se definitiva a sua transmissão ao herdeiro, desde a abertura da sucessão. Por outra via, a transmissão tem-se por não verificada quando o herdeiro renuncia à herança (art. 1.804, parágrafo único, do CC).

Três são as formas de aceitação da herança que podem ser retiradas dos arts. 1.805 e 1.807 do CC:

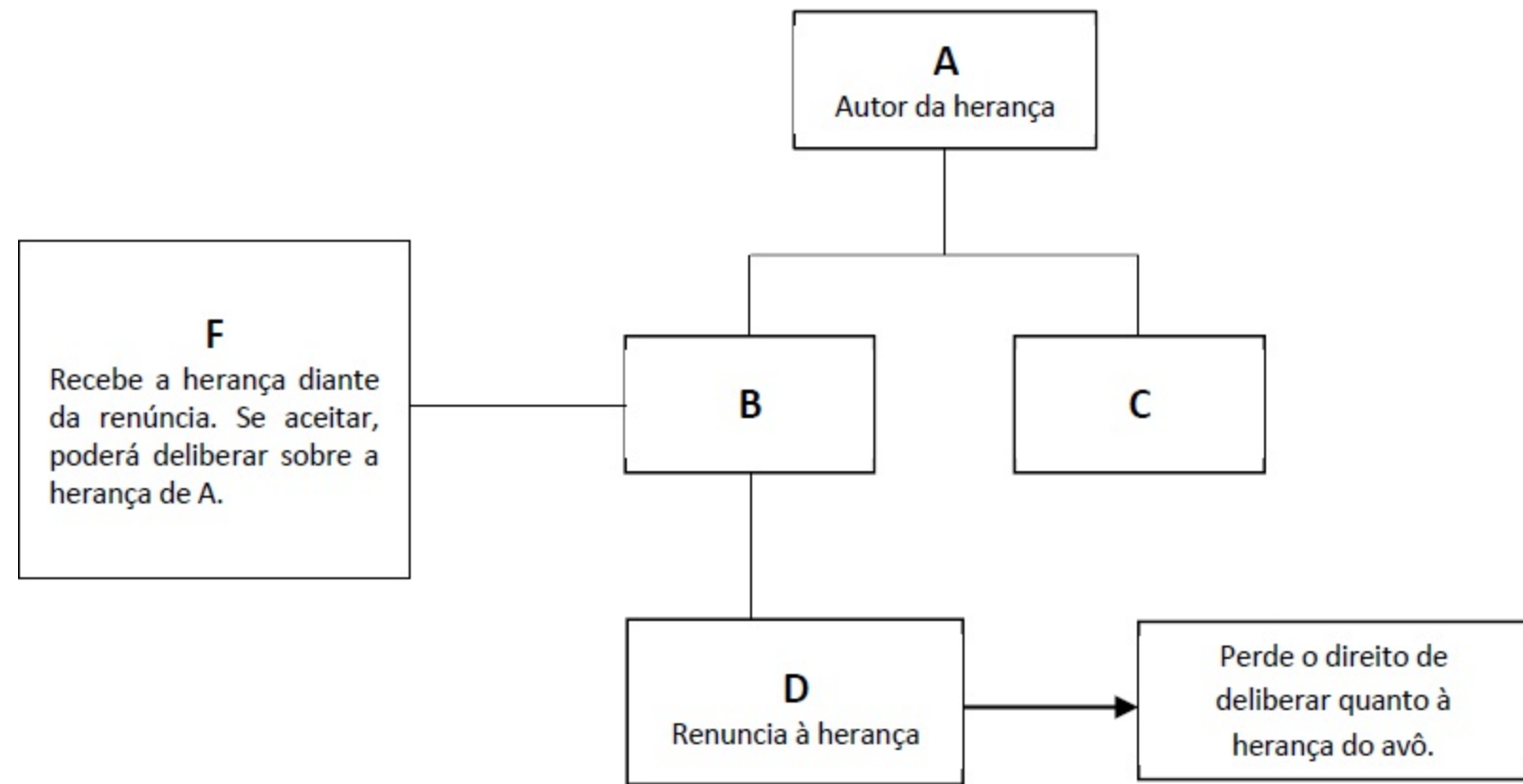
a) Aceitação expressa – feita por declaração escrita do herdeiro, por meio de instrumento público ou particular.

b) Aceitação tácita – resultante tão somente de atos próprios da qualidade de herdeiro. Como exemplo, cite-se a hipótese em que o herdeiro toma posse de um bem e começa a administrá-lo e a geri-lo como se fosse seu. Nos termos da lei, não exprimem aceitação de herança os atos oficiosos, como o funeral do finado, os meramente conservatórios, ou os de administração e guarda provisória de bens (art. 1.805, § 1.º, do CC). Ademais, não importa igualmente em aceitação a cessão gratuita, pura e simples, da herança, aos demais coerdeiros (art. 1.805, § 2.º, do CC).

c) Aceitação presumida – tratada pelo art. 1.807 do CC, segundo o qual o interessado em que o herdeiro declare se aceita ou não a herança, poderá, vinte dias após aberta a sucessão, requerer ao juiz prazo razoável, não maior de 30 dias, para, nele, se pronunciar o herdeiro. Isso, sob pena de se haver a herança por aceita. Nota-se que a parte final do dispositivo consagra exceção à regra da teoria geral do Direito Civil pela qual *quem cala não consente*, retirada do art. 111 do CC.

Falecendo o herdeiro antes de declarar se aceita a herança, o poder de aceitar é transmitido aos seus herdeiros, a menos que se trate de vocação adstrita a uma condição suspensiva, ainda não verificada (art. 1.809, *caput*, do CC). Os chamados à sucessão do herdeiro falecido antes da aceitação, desde que concordem em receber a segunda herança, poderão aceitar ou renunciar à primeira (art. 1.809, parágrafo único, do CC). Os preceitos têm redação confusa, devendo ser explicados a partir de exemplificações concretas.

A ilustração de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka é interessante para a compreensão da matéria: "Morto um avô, A, viúvo, sucedem-no seus filhos, B e C. B, pai de D e unido maritalmente a F, falece posteriormente a seu pai, A, sem que tenha deliberado a respeito do acervo

de seu pai. D, então, resolve repudiar a herança de seu pai, B, herança esta que é devolvida inteiramente a F, perdendo D o direito a deliberar quanto à herança de seu avô, A, que a lei entende pertencer ao patrimônio de B. F, por sua vez, aceita o patrimônio de B, podendo, então, deliberar a respeito da herança de A, aceitando-a ou renunciando a ela".[18] Vejamos, de forma esquematizada:

Em relação à renúncia da herança, esta sempre deve ser *expressa*, constando de instrumento público ou termo judicial (art. 1.806 do CC). Assim, não se admite a renúncia tática, presumida ou verbal. O desrespeito a essa regra importa em nulidade absoluta do ato, por desrespeito à forma e à solenidade (art. 166, IV e V, do CC). Conforme a jurisprudência, tal renúncia pode se dar por intermédio de advogado, desde que regularmente constituído para tais fins:

> "Agravo de Instrumento Arrolamento. Renúncia à herança tomada por termo judicial. Validade. Renunciantes representados por advogado constituído mediante instrumento particular, com poderes específicos para o ato. Desnecessidade que o mandato seja outorgado mediante instrumento público, sendo suficiente a forma particular. Inteligência dos artigos 661, § 1.º e 1.806 do Código Civil e 38 do Código de Processo Civil. Vícios de consentimento que deverão ser comprovados e postulados em ação própria. Decisão reformada. Recurso provido" (TJSP, Agravo de Instrumento 994.09.278493-4, Acórdão 4333984, Piracicaba, 8.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Salles Rossi, j. 24.02.2010, *DJESP* 26.03.2010).

De toda sorte, entende a melhor jurisprudência que quando a renúncia à herança é realizada por meio de procurador, este não pode ser constituído mediante instrumento particular. Em outras palavras, há necessidade de que a outorga da procuração seja feita por instrumento público ou termo judicial. Conforme *decisio* do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.236.671/SP, "a exigência do

instrumento público ou termo judicial, que também se caracteriza como instrumento público, constante do art. 1.806 do Cód. Civil/2001, é corolário necessário do disposto nos arts. 80, II, do mesmo Código, que considera bem imóvel a sucessão aberta, e do art. 108, ainda do mesmo Código, que exige a escritura pública como essencial à validade dos negócios jurídicos que visem 'à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis' – abrindo exceção apenas para imóveis de valor inferior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no país, o que, aqui, não vem ao caso. Ora, se o art. 1806 estabelece que a renúncia deve constar expressamente de instrumento público ou termo judicial, daí se segue que a outorga de poderes para essa renúncia também tem de se realizar por instrumento público ou termo judicial. Ineficaz, portanto, a transmissão de poderes sem a instrumentalização por intermédio de instrumento público ou termo judicial" (acórdão da 3.ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 09.10.2012).

Feito tal esclarecimento, conforme se extrai da melhor doutrina, duas são as modalidades de renúncia à herança:[19]

> a) Renúncia abdicativa – o herdeiro diz simplesmente que não quer a herança, havendo cessão pura e simples a todos os coerdeiros, o que equivale à renúncia. Em casos tais, não há incidência de *Imposto de Transmissão Inter Vivos* contra o renunciante.
>
> b) Renúncia translativa – quando o herdeiro cede os seus direitos a favor de determinada pessoa (*in favorem*). Como há um negócio jurídico de transmissão, incide o *Imposto de Transmissão Inter Vivo*s, conforme entende a jurisprudência (TJSP, Agravo de Instrumento 218.709-4, São Paulo, 1.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Elliot Akel, j. 25.09.2001; TJSP, Agravo de Instrumento 208.959-1, São Paulo, Rel. Des. Márcio Martins Bonilha, j. 14.10.1993).

Regra importante de legitimação que serve para as duas categorias em estudo, estabelece o art. 1.808, *caput*, do CC que não se pode aceitar ou renunciar à herança em partes (de forma fracionada), sob condição (evento futuro e incerto) ou a termo (evento futuro e certo). De acordo com as lições de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, "A herança se apresenta, por determinação legal, como um bem único e indivisível, dissolvendo-se essa condição apenas no momento da partilha. Bem por isso, a herança deverá ser aceita pelo herdeiro, ou este a ela renunciará, *in totum*. Ou seja: a lei veda que se renuncie ou aceite a herança em parte, sempre que deferida ao sucessor por um mesmo e único título. Assim, não poderá aceitar a herança relativamente a um imóvel quitado e renunciar à mesma herança no que se refere a um imóvel com saldo a pagar. Também será vedada a renúncia ou aceitação que busque ver alcançada uma condição ou aquelas feitas com a previsão de valerem a partir de determinada data".[20]

Porém, como primeira exceção à regra geral, enuncia o § 1.º do art. 1.808 que o herdeiro, a quem se testarem legados, pode aceitá-los, renunciando à herança; ou, aceitando-a, repudiá-los. Além disso, como outra exceção, o herdeiro, chamado, na mesma sucessão, a mais de um quinhão hereditário, sob títulos sucessórios diversos, pode livremente deliberar quanto aos quinhões que

aceita e aos que renuncia (art. 1.808, § 2.º, do CC). Para concretizar, se determinado herdeiro for também sucessor testamentário, poderá ele renunciar à sucessão legítima e aceitar os bens transmitidos por ato de última vontade.

Do mesmo modo com aplicação à aceitação e à renúncia, considera a lei que ambos os atos são totalmente irrevogáveis (art. 1.812 do CC). Trata-se de inovação, uma vez que o art. 1.590 do CC/1916 admitia a retratação da renúncia, quando fosse proveniente de violência, erro ou dolo. Do mesmo modo, no sistema anterior cabia a ampla retratação da aceitação, desde que não houvesse prejuízos a terceiros. No sistema atual, ainda são viáveis as alegações de erro, dolo e dos demais vícios do ato ou negócio jurídico, mas não para a retratação do ato, e sim para a sua invalidade, conforme a teoria geral das nulidades, tratada na Parte Geral do Código Civil em vigor.[21] Anote-se que a nova previsão de irrevogabilidade já vem recebendo o devido tratamento pela jurisprudência:

> "Herança. Renúncia. Pretensão do recorrente de que, com a renúncia de sua mãe à herança, os bens lhe sejam transmitidos, na qualidade de filho, nos termos do artigo 1.810 do Código Civil. Descabimento.
>
> Hipótese em que não houve renúncia abdicativa, mas translativa em favor de pessoa certa, a saber, a mãe da herdeira Iscilla. Irrevogabilidade da aceitação da herança (art. 1.812 do CC). Recurso desprovido" (TJSP, Agravo de Instrumento 567.864.4/2, Acórdão 3292047, Olímpia, 10.ª Câmara de Direito Privado, Rel.ª Des.ª Ana de Lourdes, j. 23.09.2008, *DJESP* 16.12.2008).
>
> "Inventário. Renúncia à herança. Indeferimento. Acerto. Prática de atos compatíveis com aceitação e incompatíveis com renúncia. Irrevogabilidade do ato de aceitação. Art. 1.812 do Código Civil. Recurso não provido" (TJSP, Agravo de Instrumento 579.000.4/3, Acórdão 3165420, Presidente Prudente, 7.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Souza Lima, j. 06.08.2008, *DJESP* 22.08.2008).

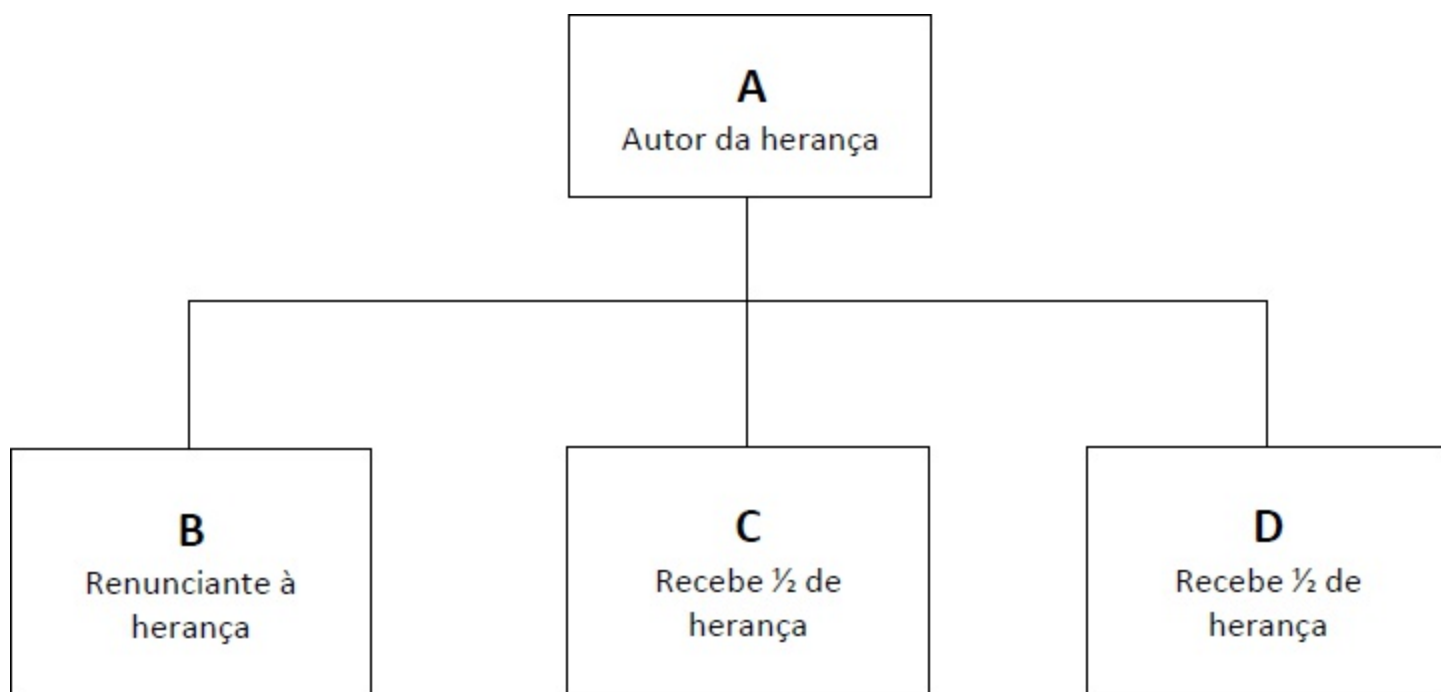
Como principal efeito da renúncia à herança, determina o art. 1.810 do CC que, na sucessão legítima, a parte do renunciante acresce à dos outros herdeiros da mesma classe e, sendo ele o único desta, devolve-se aos da subsequente.

Esclarecendo o teor do comando, na *VI Jornada de Direito Civil* (2013) aprovou-se o Enunciado n. 575, *in verbis*: "Concorrendo herdeiros de classes diversas, a renúncia de qualquer deles devolve sua parte aos que integram a mesma ordem dos chamados a suceder". O enunciado visa a esclarecer a hipótese de coexistência sucessória de filhos – um deles renunciante –, com cônjuge ou companheiro. Conforme as suas justificativas, "com o advento do Código Civil de 2002, a ordem de vocação hereditária passou a compreender herdeiros de classes diferentes na mesma ordem, em concorrência sucessória. Alguns dispositivos do Código Civil, entretanto, permaneceram inalterados em comparação com a legislação anterior. É o caso do art. 1.810, que prevê, na hipótese de renúncia, que a parte do herdeiro renunciante seja devolvida aos herdeiros da mesma classe. Em interpretação literal, v.g., concorrendo à sucessão cônjuge e filhos, em caso de renúncia de um dos filhos, sua parte seria redistribuída apenas aos filhos remanescentes, não ao cônjuge, que pertence a classe diversa. Tal interpretação, entretanto, não se coaduna com a melhor doutrina, visto que a

distribuição do quinhão dos herdeiros legítimos (arts. 1.790, 1.832, 1.837) não comporta exceção, devendo ser mantida mesmo no caso de renúncia".

Feita tal pontuação, esclareça-se que ninguém pode suceder, representando o herdeiro renunciante. Se, porém, ele (o renunciante) for o único legítimo da sua classe, ou se todos os outros da mesma classe renunciarem à herança, poderão os filhos vir à sucessão, por direito próprio e por cabeça (art. 1.811 do CC). A respeito dos dois preceitos, conforme explica Zeno Veloso, "o herdeiro que renuncia é considerado como se não tivesse chamado, como se nunca tivesse sido herdeiro".[22] Assim, a renúncia gera um tratamento ao renunciante como se ele nunca tivesse existido como pessoa, o que atinge o direito de representação de outros herdeiros.

Vejamos alguns exemplos práticos de aplicação dessas importantes regras.

Como primeira concreção, A, falecido, tem três filhos, B, C e D, que, em regra, recebem 1/3 da herança cada um. Se B renuncia à herança, a sua parte é acrescida aos herdeiros C e D, que são da mesma classe, recebendo cada um deles metade da herança:

Ato contínuo, aproveitando a mesma ilustração, se B, renunciante, tiver dois filhos, E e F, os últimos nada receberão por direito de representação, tema que ainda será abordado, isso porque a renúncia de seu pai afasta qualquer direito à herança dos filhos.

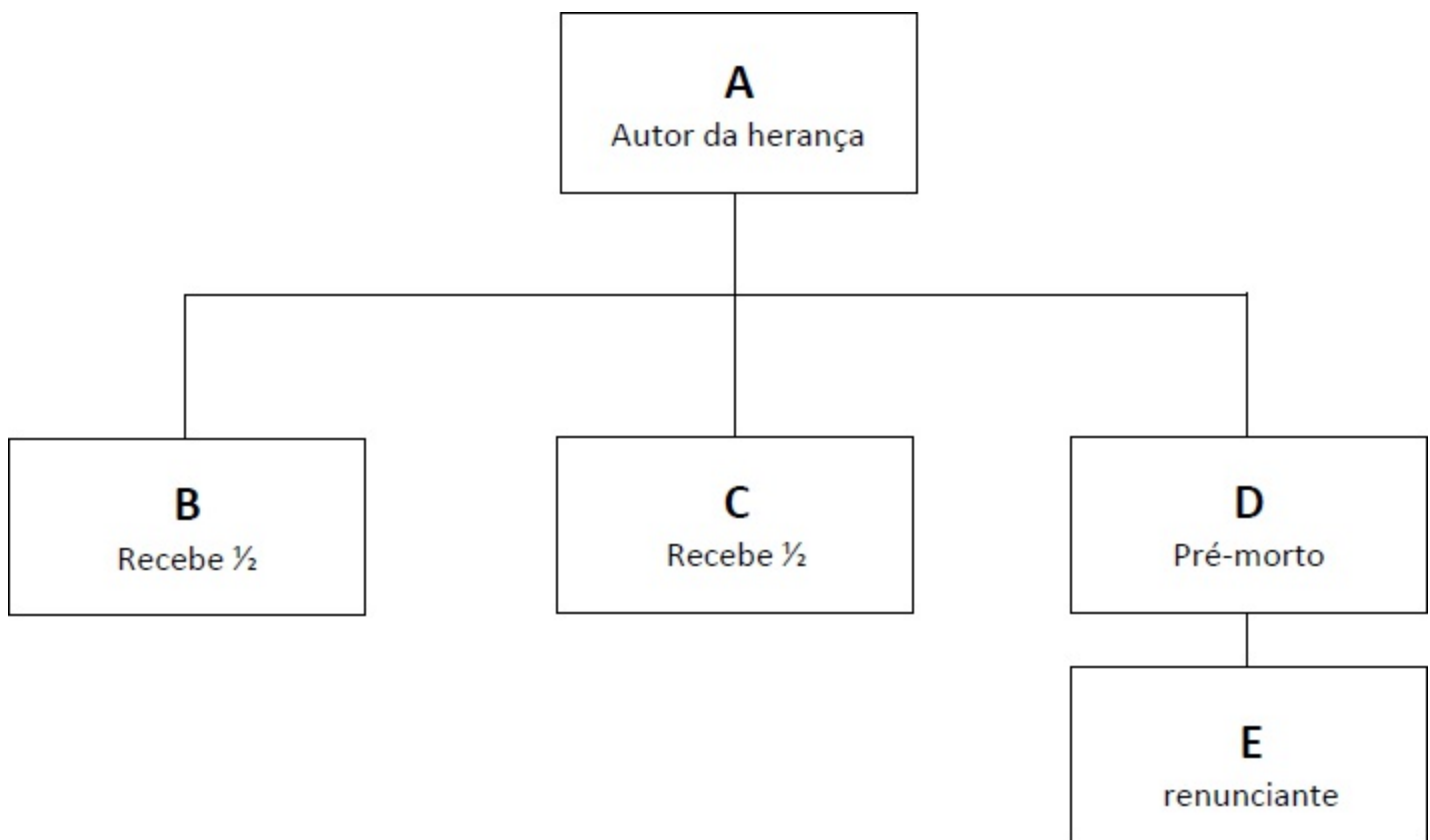
Como outro exemplo, A falece deixando dois filhos (B e C) e um neto (E), filho de D. Caso E renuncie à herança, a sua quota será destinada para B e C, que serão herdeiros de classe anterior. Vejamos o esquema:

A
Autor da herança

B
Recebe ½

C
Recebe ½

D
Pré-morto

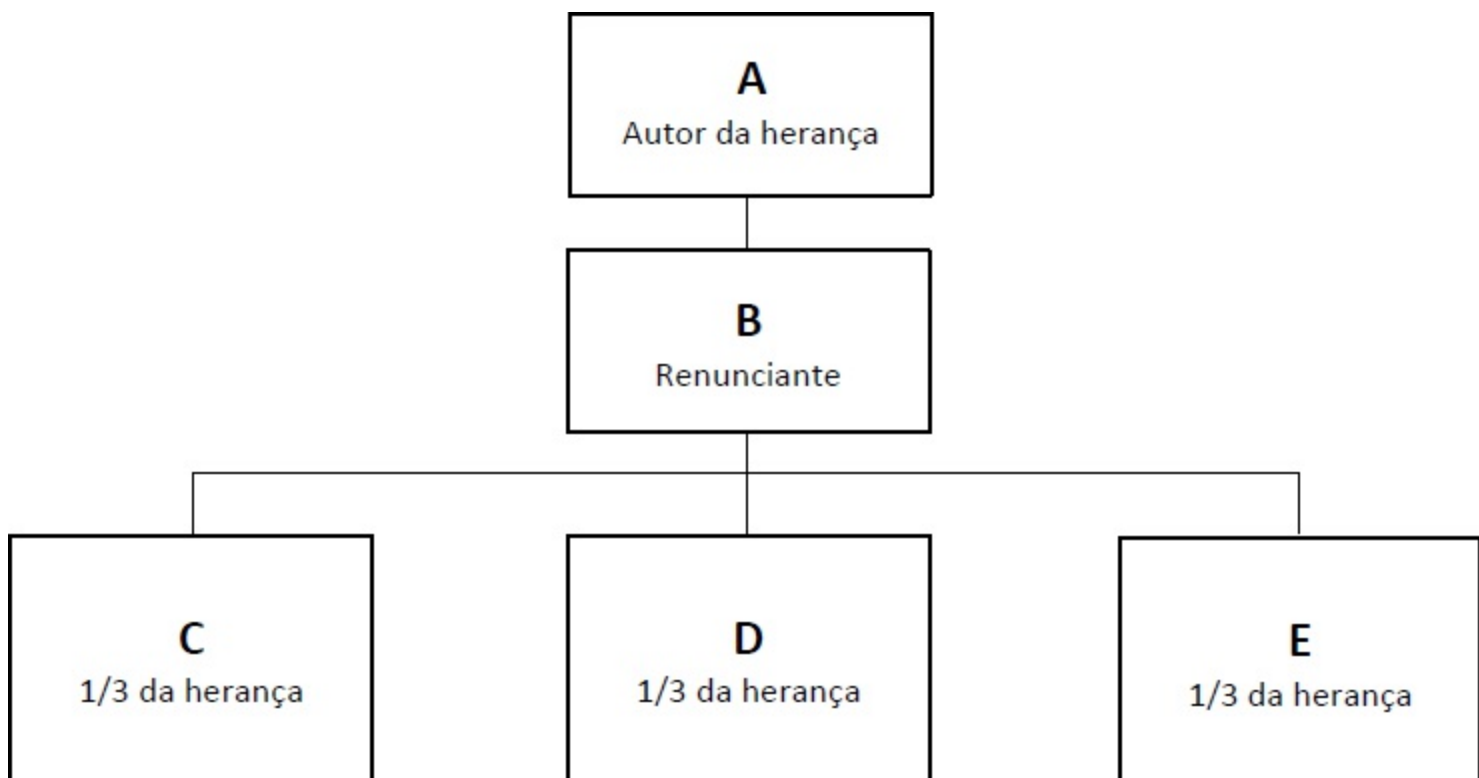
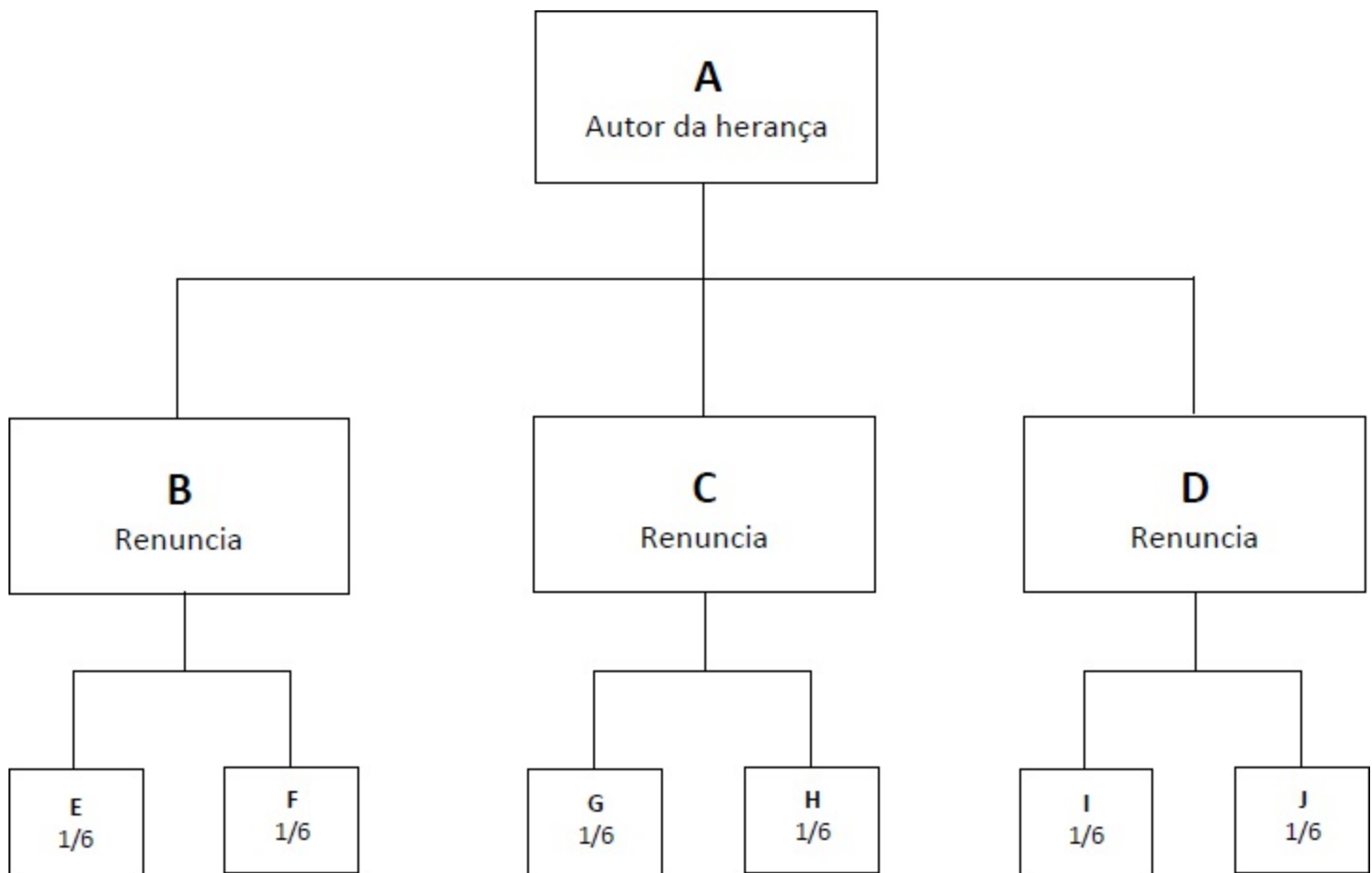
E
renunciante

De igual modo, merece abordagem a regra da parte final do art. 1.811 do CC, pela qual se o renunciante for o único legítimo da sua classe, ou se todos os outros da mesma classe renunciarem à herança, poderão os seus filhos vir à sucessão, por direito próprio (por cabeça) e não por direito de representação. Exemplo: se o falecido (A) tiver um único filho (B) renunciante, os seus três filhos (C, D e E) terão direitos sucessórios por cabeça, conforme esquema a seguir, dividindo-se a herança em três partes:

A
Autor da herança

B
Renunciante

C
1/3 da herança

D
1/3 da herança

E
1/3 da herança

Ainda vale a seguinte ilustração: A tem três filhos (B, C e D), cada um com dois filhos, netos de A (E e F, G e H, e I e J). Se B, C e D, herdeiros da mesma classe, renunciarem à herança, os netos recebem por cabeça, em quotas iguais (1/6 cada um). Concretizando:

Por derradeiro, sobre as regras da renúncia, quando o herdeiro prejudicar os seus credores, renunciando à herança, poderão eles, com autorização do juiz, aceitá-la em nome do renunciante (art. 1.813 do CC). A habilitação judicial dos credores no inventário se fará no prazo decadencial de 30 dias, a contar do conhecimento da renúncia (§ 1.º). Pagas as dívidas do renunciante, prevalece a renúncia quanto ao remanescente, que será devolvido aos demais herdeiros (§ 2.º).

Para parte da doutrina, a aceitação da herança por parte dos credores é figura que se aproxima da *ação pauliana*, que decorre da fraude contra credores.[23] Todavia, as figuras jurídicas são distintas, eis que a fraude contra credores gera a invalidade (anulabilidade) dos negócios praticados (art. 171 do CC). Nesse contexto de conclusão, na esteira da melhor jurisprudência, a incidência do art. 1.813 do CC dispensa a prova do conluio fraudulento (ver: TJSP, Agravo de Instrumento 990.10.173632-2, Acórdão 4512767, Suzano, 6.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Paulo Alcides, j. 20.05.2010, *DJESP* 30.07.2010). Ato contínuo, já se entendeu que o instituto em análise também não se confunde com a fraude à execução (TJRS, Agravo de Instrumento 70031111958, Porto Alegre, 11.ª Câmara Cível, Rel. Des. Bayard Ney de Freitas Barcellos, j. 12.05.2010, *DJERS* 20.05.2010).

9.6 DOS EXCLUÍDOS DA SUCESSÃO. INDIGNIDADE SUCESSÓRIA E DESERDAÇÃO. SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS

Existem situações previstas em lei, somadas ou não a ato de última vontade do autor da herança, em que é excluído o direito sucessório do herdeiro ou legatário. Nesse contexto surgem os conceitos de indignidade sucessória e deserdação como penas civis. Como alerta Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, não se pode confundir a falta de legitimação para suceder com a exclusão por indignidade e a deserdação. Isso porque no primeiro caso há um afastamento do direito por *razão de ordem objetiva*. Por outra via, na indignidade e na deserdação há uma *razão subjetiva* de afastamento, uma vez que o herdeiro é considerado como *desprovido de moral* para receber a herança, diante de uma infeliz atitude praticada.[24]

A diferença inicial fundamental entre a exclusão por indignidade sucessória e a deserdação é que no primeiro caso o isolamento sucessório se dá por simples incidência da norma e por decisão judicial, o que pode atingir qualquer herdeiro (art. 1.815 do CC). A ação de indignidade pode ser proposta pelo interessado ou pelo Ministério Público, quando houver questão de ordem pública, conforme reconhece o Enunciado n. 116 do CJF/STJ, da *I Jornada de Direito Civil*. O direito de demandar a exclusão do herdeiro ou legatário extingue-se no prazo decadencial de quatro anos, contados da abertura da sucessão (art. 1.815, parágrafo único, do CC). Na deserdação, por outro lado, há um ato de última vontade que afasta herdeiro necessário, sendo imprescindível a confirmação por sentença. Por isso é que a deserdação é tratada pelo CC/2002 no capítulo próprio da sucessão testamentária (arts. 1.961 a 1.965 do CC).

As hipóteses de indignidade e de deserdação estão *unificadas em parte*, e não totalmente, pela atual codificação privada. Assim, são considerados herdeiros indignos, nos termos do art. 1.814 do CC:

> I) Os herdeiros que tiverem sido autores, coautores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente.
>
> II) Os herdeiros que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro.
>
> III) Os herdeiros que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

Conforme os arts. 1.962 e 1.963 do CC, além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes e vice-versa:

> I) A prática de ofensa física entre tais pessoas.
>
> II) A injúria grave entre elas.

III) As relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto; bem como as relações ilícitas com a mulher ou companheira do(a) filho(a) ou a do(a) neto(a). Como relações ilícitas, a doutrina entende a prática de atos sexuais e envolvimentos afetivos entre as pessoas elencadas, tidos como adúlteros, de infidelidade ou incestuosos.[25]

IV) O desamparo praticado entre essas pessoas, havendo alienação mental ou grave enfermidade do prejudicado.

Este autor filia-se ao entendimento que admite a deserdação do cônjuge, por se tratar de herdeiro necessário. Todavia, as hipóteses acima listadas a ele não se aplicam, pois normas restritivas de direitos não admitem analogia. Em suma, ao cônjuge somente incidem as hipóteses tratadas pelo art. 1.814 do CC.[26]

Em relação à deserdação, somente com expressa declaração das causas expostas pode ser ordenada em testamento (art. 1.964 do CC). Isso, sob pena de nulidade absoluta, por desrespeito à forma e à solenidade (art. 166, IV e V, do CC). Ao herdeiro instituído, ou àquele a quem aproveite a deserdação, incumbe o ônus de provar a veracidade da causa alegada pelo testador na ação de confirmação da deserdação (art. 1.965, *caput*, do CC). O direito de provar a causa da deserdação extingue-se no prazo decadencial de quatro anos, a contar da data da abertura do testamento (art. 1.965, parágrafo único, do CC).

Partindo para a indignidade, enuncia o art. 1.816 do CC que são pessoais os efeitos da exclusão. Assim, os descendentes do herdeiro excluído sucedem, como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão. Como se nota, a indignidade não atinge o direito de representação dos herdeiros do indigno, como ocorre na renúncia à herança. Ato contínuo, o excluído da sucessão não terá direito ao usufruto ou à administração dos bens que a seus sucessores couberem na herança (ex.: filhos menores), nem à sucessão eventual desses bens (art. 1.816, parágrafo único, do CC).

Conforme opinião já exarada em obra escrita anteriormente com José Fernando Simão, o efeito da indignidade constante do art. 1.816 do CC do mesmo modo se aplica à deserdação, em uma tentativa de unificação dos institutos.[27] Anote-se que o PL 699/2011 pretende incluir um § 2.º no art. 1.965 do CC nesse sentido ("São pessoas os efeitos da deserdação: os descendentes do herdeiro deserdado sucedem, como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão. Mas o deserdado não terá direito ao usufruto ou à administração dos bens que a seus sucessores couberem na herança, nem à sucessão eventual desses bens").

São válidas as alienações onerosas de bens hereditários a terceiros de boa-fé, e os atos de administração legalmente praticados pelo herdeiro, antes da sentença de exclusão (art. 1.817, *caput*, do CC). Porém, aos herdeiros que obtêm a sentença de indignidade subsiste, quando prejudicados, o direito de demandar-lhe perdas e danos. O excluído da sucessão é obrigado a restituir os frutos e rendimentos que dos bens da herança houver percebido, mas tem direito a ser indenizado das despesas com a conservação deles (art. 1.817, parágrafo único, do CC). Como se nota, em havendo indignidade, o herdeiro declarado indigno posteriormente tem direito a receber a posse e o domínio

da herança, ficando com ela até a declaração por sentença.

Admite-se a *reabilitação do indigno* por força de testamento ou outro ato autêntico, caso de uma escritura pública (*reabilitação expressa*). O art. 1.818 do CC, que trata dessa possibilidade, prevê ainda a *reabilitação tácita*, presente quando o autor da herança contempla o indigno por testamento, quando já conhecia a causa da indignidade.

Para encerrar o estudo da indignidade e da deserdação é interessante, do ponto de vista didático e metodológico, montar uma tabela comparativa com as quatro principais diferenças entre os institutos:

Indignidade sucessória	**Deserdação**
Matéria de sucessão legítima e testamentária.	Matéria de sucessão testamentária.
Alcança qualquer classe de herdeiro.	Somente atinge os herdeiros necessários (ascendentes, descendentes e cônjuge).
As hipóteses de indignidade servem para a deserdação.	Existem hipóteses de deserdação que não alcançam a indignidade (arts. 1.962 e 1.963).
Há pedido de terceiros interessados ou do MP, com confirmação em sentença transitada em julgado.	Realizada por testamento, com declaração de causa e posterior confirmação por sentença.

9.7 DA AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA

Como inovação, o CC/2002 trata da ação de petição de herança (*petitio hereditatis*), que é a demanda que visa a incluir um herdeiro na herança mesmo após a sua divisão. Conforme explicam Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado, trata-se de uma *ação real*, eis que, por força do art. 80, II, do CC, o direito à sucessão aberta constitui um imóvel por determinação legal.[28] Estabelece o art. 1.824 da codificação privada que pode o herdeiro, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possua. É o caso de um filho não reconhecido que pretende o seu reconhecimento posterior e inclusão na herança.

A ação de petição de herança, ainda que exercida por um só dos herdeiros, poderá compreender todos os bens hereditários (art. 1.825 do CC). Isso porque a herança, antes da partilha, constitui um bem indivisível, por força do outrora estudado art. 1.791. Em havendo a citada devolução, o possuidor da herança está obrigado à restituição dos bens do acervo, sendo fixada a sua responsabilidade segundo a sua posse, se de boa ou má-fé (art. 1.826, *caput*, do CC). A partir da citação na ação de petição de herança, a responsabilidade do herdeiro possuidor será aferida de acordo com as regras concernentes à posse de má-fé e à mora (art. 1.826, parágrafo único, do CC).

Aplicando tais premissas, para exemplificar, colaciona-se decisão do Tribunal Fluminense:

> "Petição de herança. Reconhecimento de herdeira necessária. Retificação da partilha. Restituição dos frutos. Responsabilidade pelos prejuízos a partir da citação. O herdeiro excluído da sucessão pode demandar o reconhecimento do seu direito sucessório e obter em juízo a sua parte na herança, consoante art. 1.824 do Código Civil. Os herdeiros que exercem com exclusividade a posse dos bens do monte, excluindo herdeiro necessário, cuja existência é do seu conhecimento, agem de má-fé e respondem pelos prejuízos a partir da citação nesta ação, consoante o art. 1.826, parágrafo único, do Código Civil. Provimento do recurso" (TJRJ, Apelação 2009.001.07769, 7.ª Câmara Cível, Rel. Des. Ricardo Couto, j. 24.03.2009, *DORJ* 05.06.2009, p. 148).

Ato contínuo de estudo, pode o herdeiro demandar os bens da herança, mesmo em poder de terceiros, o que denota o caráter real da ação de petição de herança (art. 1.827 do CC). Isso, sem prejuízo da responsabilidade do possuidor originário pelo valor dos bens alienados. Porém, se a pessoa que detinha a posse da herança for considerada um *herdeiro aparente*, os atos por ela praticados, a título oneroso e a terceiros de boa-fé, são considerados válidos e eficazes (art. 1.827, parágrafo único, do CC). Conforme explica Maria Helena Diniz, "herdeiro aparente é aquele que, por ser possuidor de bens hereditários, faz supor que seja o seu legítimo titular, quando, na verdade, não o é, pois a herança passará ao real herdeiro, porque foi declarado não legitimado para suceder, indigno ou deserdado, ou porque foi contemplado por testamento nulo ou anulável, caduco ou revogado".[29] Nota-se, assim, que a boa-fé do terceiro e a teoria da aparência têm a força *de vencer a ação de petição de herança*. Desse modo, só resta ao herdeiro reconhecido posteriormente pleitear perdas e danos do suposto herdeiro aparente, que realizou a alienação (TJSC, Agravo de Instrumento 2004.028002-6, São João Batista, 4.ª Câmara de Direito Civil, Rel. Des. José Trindade dos Santos, *DJSC* 28.01.2008, p. 191).

Ainda a ilustrar a aplicação do conceito de herdeiro aparente, concluiu mais recentemente o Superior Tribunal de Justiça que "as alienações feitas por herdeiro aparente a terceiros de boa-fé, a título oneroso, são juridicamente eficazes. Art. 1.827, parágrafo único, do CC/02. Na hipótese dos autos, o negócio jurídico foi aperfeiçoado antes do trânsito em julgado da sentença que decretou a nulidade da partilha e inexistiam, à época em que foi celebrado o contrato de compra e venda, quaisquer indícios de que o imóvel fosse objeto de disputa entre os herdeiros do espólio" (STJ, AgRg na MC 17.349/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 28.06.2011, DJe 01.08.2011).

A encerrar o estudo da ação de petição de herança, cumpre tecer algumas palavras sobre o prazo para a sua propositura. Conforme a antiga Súmula 149 do STF: "É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança". O entendimento sumulado é considerado majoritário. Assim, na vigência do CC/1916, a ação de petição de herança estaria sujeita ao prazo geral de prescrição, que era de 20 anos, conforme o seu art. 177 (veja-se recente julgado do STJ, que se refere à codificação anterior: STJ, AgRg no Ag 1.247.622/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3.ª Turma, j. 05.08.2010, *DJe* 16.08.2010). Na vigência do CC/2002 incidiria o prazo

geral de 10 anos, do art. 205 da atual codificação (TJSP, Agravo Regimental 618.546.4/7, Acórdão 3407245, Osasco, 3.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Egidio Jorge Giacoia, j. 16.12.2008, *DJESP* 06.02.2009). Em ambas as hipóteses, entende-se desde os tempos remotos que o prazo tem início da abertura da sucessão, que se dá pela morte (STF, RE 741.00/SE, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eloy da Rocha, j. 03.10.1973, *DJU* 02.01.1974).

Com o devido respeito, este autor entende que a ação de petição de herança deve ser reconhecida como imprescritível, na linha do que defende Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

> "A petição de herança não prescreve. A ação é imprescritível, podendo, por isso, ser intentada a qualquer tempo. Isso assim se passa porque a qualidade de herdeiro não se perde (*semei heres semper heres*), assim como o não exercício do direito de propriedade não lhe causa a extinção. A herança é transferida ao sucessor no momento mesmo da morte de seu autor, e, como se viu, isso assim se dá pela transmissão da propriedade do todo hereditário. Toda essa construção, coordenada, implica o reconhecimento da imprescritibilidade da ação, que pode ser intentada a todo tempo, como já se afirmou".[30]

Aos argumentos da Mestra das Arcadas, somam-se premissas estribadas no Direito Civil Constitucional. Ora, o direito à herança é um direito fundamental protegido na Constituição da República, que por envolver a própria existência digna da pessoa humana, para o sustento de um patrimônio mínimo, não estaria sujeito à prescrição ou à decadência. A propósito, na mesma esteira, pondera Luiz Paulo Vieira de Carvalho que, "em nosso sentido, as ações de petição de herança são imprescritíveis, podendo o réu alegar em sede de defesa apenas a exceção de usucapião (Súmula 237 do STF), que atualmente tem como prazo máximo 15 anos (na usucapião extraordinária sem posse social, art. 1.238, *caput*, do CC)".[31]

Sem falar que, na grande maioria das vezes, a ação de petição de herança está cumulada com investigação de paternidade, sendo decorrência natural do reconhecimento da verdade biológica e do vínculo parental. Em suma, a este autor parece que a justiça na concretização da petição de herança deve prevalecer sobre a certeza e a segurança.

9.8 DA SUCESSÃO LEGÍTIMA

9.8.1 Primeiras palavras. Panorama geral das inovações introduzidas pelo CC/2002

Como é notório, a atual codificação privada alterou substancialmente o tratamento da sucessão legítima. Esse talvez seja, na atualidade, um dos aspectos mais comentados e criticados do atual sistema civil brasileiro, havendo, no presente, uma verdadeira *Torre de Babel doutrinária e*

jurisprudencial a respeito do tema. Na verdade, dois pontos geram os principais dilemas. *Primeiro*, a introdução do sistema de concorrência sucessória, envolvendo o cônjuge e o companheiro, em relação a descendentes, ascendentes e colaterais. *Segundo*, o tratamento diferenciado sucessório entre o cônjuge e o companheiro, residindo neste último aspecto as principais controvérsias, incluindo arguições de inconstitucionalidade. Consigne-se que, para demonstrar essa variação doutrinária, Francisco José Cahali elaborou tabela com o posicionamento de 23 doutrinadores brasileiros a respeito das principais divergências relativas ao nosso Direito das Sucessões.[32]

Pois bem, para iniciar tal estudo, é preciso verificar, em quadro comparativo, como era, basicamente, o sistema sucessório no sistema anterior, sob a égide do CC/1916; e como ele ficou na atualidade, com o CC/2002:

Sucessão no sistema anterior	**Sucessão no sistema atual**
Não existia a concorrência sucessória envolvendo o cônjuge e o companheiro.	Foi introduzido o sistema de concorrência sucessória envolvendo o cônjuge (art. 1.829 do CC/2002) e o companheiro (1.790 do CC/2002).
A ordem de sucessão legítima estava prevista no art. 1.603 do CC/1916 ("A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I – aos descendentes; II – aos ascendentes; III – ao cônjuge sobrevivente; IV – aos colaterais; V – aos Municípios, ao Distrito Federal ou à União"). Não havia maiores complicações na ordem, justamente diante da inexistência do instituto da concorrência.	A ordem relativa à sucessão legítima consta do art. 1.829 do CC/2002, com a introdução da complicada concorrência sucessória do cônjuge ("A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III – ao cônjuge sobrevivente; IV – aos colaterais".
Existia previsão de um *usufruto vidual* a favor do cônjuge do falecido no art. 1.611 do CC/1916 ("À falta de descendentes ou ascendentes será deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal. § 1.º O cônjuge viúvo, se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filhos, deste ou do casal, e à metade, se não houver filhos embora sobrevivam ascendentes do *de cujus*").	Não há mais o *usufruto vidual* a favor do cônjuge, pois esse foi supostamente substituído pelo instituto da concorrência sucessória.
A sucessão do companheiro não constava do CC/1916, mas de duas leis que regulamentavam a união estável, a Lei 8.971/1994 e a Lei 9.278/1996. O art. 2.º da Lei 8.971/1994 tratada substancialmente dos direitos sucessórios decorrentes da união estável, nos seguintes termos: "As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições: I – o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujos, se houver filhos ou comuns; II – o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujos, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes; III – na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança".	O confuso e criticado art. 1.790 do CC/2002 trata especificamente da sucessão do companheiro ou convivente nos seguintes termos: "A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: I – se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; II – se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; III – se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança". Não há mais o usufruto a favor do companheiro e convivente, mais uma vez supostamente substituído pela concorrência sucessória.

O CC/1916 reconhecia direito real de habitação sobre o imóvel do casal como direito sucessório, somente ao cônjuge casado pelo regime da comunhão universal de bens, conforme o seu art. 1.611 ("§ 2.º Ao cônjuge sobrevivente, casado sob regime de comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar. § 3.º Na falta do pai ou da mãe, estende-se o benefício previsto no § 2.º ao filho portador de deficiência que o impossibilite para o trabalho").	O CC/2002 consagra o direito real de habitação como direito sucessório a favor do cônjuge casado por qualquer regime de bens ("Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar").
O direito real de habitação como direito sucessório do companheiro constava expressamente do art. 7.º, parágrafo único, da Lei 9.278/1996 ("Dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família").	O direito real de habitação como direito sucessório do convivente não é expresso no CC/2002. Todavia, como se verá, prevalece o entendimento pela sua manutenção.
Eram reconhecidos como herdeiros necessários os descendentes e os ascendentes (art. 1.721 do CC/1916).	São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge (art. 1.845 do CC/2002).

Com essa visão panorâmica já é possível perceber o impacto teórico e prático trazido pela codificação de 2002, que deixa muitas dúvidas e margem a várias interpretações. Vejamos, de forma pontual.

9.8.2 Da sucessão dos descendentes e a concorrência do cônjuge

Como visto no quadro exposto, o art. 1.829 do CC/2002 introduziu a concorrência do cônjuge do falecido com os descendentes na ordem de vocação hereditária. A importância do tema e os desafios surgidos são tão grandes que a concorrência ganhou especial cuidado de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka em sua tese de titularidade defendida na Universidade de São Paulo ao final de 2010.[33] Repise-se, portanto, pela importância da redação do art. 1.829, I, da atual codificação privada.

> "Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
>
> I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares."

Nota-se que os descendentes e o cônjuge são *herdeiros de primeira classe*, em um sistema de concorrência, presente ou não de acordo com o regime de bens adotado no casamento com o falecido, conforme tabela a seguir:

Regimes em que o cônjuge herda em concorrência	Regimes em que o cônjuge não herda em concorrência
Regime da comunhão parcial de bens, em havendo bens particulares do falecido.	Regime da comunhão parcial de bens, não havendo bens particulares do falecido.
Regime da participação final nos aquestos.	Regime da comunhão universal de bens.
Regime da separação convencional de bens.	Regime da separação legal ou obrigatória de bens.

Algumas observações pontuais devem ser feitas, para melhor elucidar a matéria.

A *primeira observação* é que, como se nota, o objetivo do legislador foi separar claramente a meação da herança. Assim, pelo sistema instituído, quando o cônjuge é meeiro não é herdeiro; quando é herdeiro não é meeiro. Nunca se pode esquecer *que a meação não se confunde com a herança*, sendo esta confusão muito comum entre os operadores do Direito. Meação é instituto de Direito de Família, que depende do regime de bens adotado. Herança é instituto de Direito das Sucessões, que decorre da morte do falecido.

Como *segunda observação*, fica em xeque a hipótese em que o regime em relação ao falecido é o da comunhão parcial de bens, não deixando o *de cujus* bens particulares. Isso porque, como observa Zeno Veloso em suas palestras e exposições, é provável que o morto tenha deixado pelo menos a roupa do corpo, sendo esta um bem particular. Em suma, *fica difícil imaginar a hipótese em que o cônjuge casado pela comunhão parcial não tenha deixado bens particulares*.

Terceira observação: no regime da comunhão parcial de bens, a concorrência sucessória somente se refere aos bens particulares. Nesse sentido o Enunciado n. 270 do CJF/STJ, da *III Jornada de Direito Civil*: "O art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecido possuísse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes". Destaque-se que, na tabela de Francisco Cahali, esse também é o entendimento de Christiano Cassettari, Eduardo de Oliveira Leite, Giselda Hironaka, Gustavo Nicolau, Jorge Fujita, José Fernando Simão, Maria Helena Daneluzzi, Mário Delgado, Rodrigo da Cunha Pereira, Rolf Madaleno, Sebastião Amorim, Euclides de Oliveira e Zeno Veloso; além do presente autor. Cite-se que assim também entendem os Professores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, conforme consta de sua obra lançada no ano de 2014, com os seguintes dizeres: "de acordo com a lógica linha de raciocínio, a teor do critério escolhido pelo legislador – no sentido de que o cônjuge sobrevivente (que fora casado em regime de comunhão parcial) somente terá direito concorrencial quando o falecido houver deixado bens particulares –, é forçoso concluir que tal direito incidirá apenas sobre essa parcela de bens".[34-35]

Tal corrente, prevalecente na doutrina, é adotada por vários julgados (a título de exemplo:

TJMG, Apelação Cível 1.0016.05.046273-4/0011, Alfenas, 5.ª Câmara Cível, Rel. Des. Barros Levenhagen, j. 17.12.2009, *DJEMG* 22.01.2010; TJRS, Agravo de Instrumento 70021504923, Pelotas, 8.ª Câmara Cível, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, j. 11.12.2007, *DOERS* 28.12.2007, p. 20; TJSP, Agravo de Instrumento 635.958.4/1, Acórdão 3651464, Araçatuba, 4.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 14.05.2009, *DJESP* 15.06.2009).

Todavia, o entendimento está longe de ser unânime, pois há quem entenda que a concorrência na comunhão parcial deve se dar tanto em relação aos bens particulares quanto aos comuns (Francisco Cahali, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Inácio de Carvalho Neto, Luiz Paulo Vieira de Carvalho, Maria Helena Diniz e Mário Roberto Carvalho de Faria).

Por fim, isoladamente, Maria Berenice Dias entende que a concorrência somente se refere aos bens comuns.[36] De toda sorte, destaque-se que há decisão do STJ que chega a mencionar *uma quarta corrente*. Na verdade, trata-se de acórdão que aplica o entendimento de Maria Berenice Dias para a união estável:

> "(...). A regra do art. 1.829, I, do CC/2002, que seria aplicável caso a companheira tivesse se casado com o 'de cujus' pelo regime da comunhão parcial de bens, tem interpretação muito controvertida na doutrina, identificando-se três correntes de pensamento sobre a matéria: (i) a primeira, baseada no Enunciado n. 270 das Jornadas de Direito Civil, estabelece que a sucessão do cônjuge, pela comunhão parcial, somente se dá na hipótese em que o falecido tenha deixado bens particulares, incidindo apenas sobre esses bens; (ii) a segunda, capitaneada por parte da doutrina, defende que a sucessão na comunhão parcial também ocorre apenas se o 'de cujus' tiver deixado bens particulares, mas incide sobre todo o patrimônio, sem distinção; (iii) a terceira defende que a sucessão do cônjuge, na comunhão parcial, só ocorre se o falecido não tiver deixado bens particulares. (...). É possível encontrar, paralelamente às três linhas de interpretação do art. 1.829, I, do CC/2002 defendidas pela doutrina, uma quarta linha de interpretação, que toma em consideração a vontade manifestada no momento da celebração do casamento, como norte para a interpretação das regras sucessórias. Impositiva a análise do art. 1.829, I, do CC/2002, dentro do contexto do sistema jurídico, interpretando o dispositivo em harmonia com os demais que enfeixam a temática, em atenta observância dos princípios e diretrizes teóricas que lhe dão forma, marcadamente, a dignidade da pessoa humana, que se espraia, no plano da livre manifestação da vontade humana, por meio da autonomia privada e da consequente autorresponsabilidade, bem como da confiança legítima, da qual brota a boa-fé; a eticidade, por fim, vem complementar o sustentáculo principiológico que deve delinear os contornos da norma jurídica. Até o advento da Lei n.º 6.515/1977 (Lei do Divórcio), vigeu no Direito brasileiro, como regime legal de bens, o da comunhão universal, no qual o cônjuge sobrevivente não concorre à herança, por já lhe ser conferida a meação sobre a totalidade do patrimônio do casal; a partir da vigência da Lei do Divórcio, contudo, o regime legal de bens no casamento passou a ser o da comunhão parcial, o que foi referendado pelo art. 1.640 do CC/2002. Preserva-se o regime da comunhão parcial de bens, de acordo com o postulado da autodeterminação, ao contemplar o cônjuge sobrevivente com o direito à meação, além da concorrência hereditária sobre os bens comuns, mesmo que haja bens particulares, os quais, em qualquer hipótese, são partilhados apenas entre os descendentes. Recurso especial improvido" (STJ, REsp 1.117.563/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 17.12.2009, *DJe* 06.04.2010).

Como *quarta observação*, há um claro erro na menção ao art. 1.640, parágrafo único, do CC, referente ao regime da *separação obrigatória de bens*. Isso porque o regime da separação legal ou obrigatória é aquele tratado pelo art. 1.641 do CC, envolvendo as pessoas que se casam em inobservância às causas suspensivas do casamento, os maiores de 70 anos (atualizado com a Lei n.

12.344/2010) e as pessoas que necessitam de suprimento judicial para casar. Nessa linha, afastando a concorrência sucessória apenas na separação obrigatória de bens:

> "Inventário. Viúva casada com o autor da herança no regime de separação convencional de bens. Direito à sucessão legítima em concorrência com a filha do falecido. Inteligência do artigo 1.829, *i*, do Código Civil. Vedação que somente ocorre, entre outras causas, se o regime de casamento for o de separação obrigatória de bens. Recurso improvido" (TJSP, Agravo de Instrumento 313.414-4/1, Barretos, 3.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Flavio Pinheiro, j. 04.11.2003).

Porém, em decisão surpreendente, o Superior Tribunal de Justiça concluiu que "O regime da separação obrigatória de bens, previsto no art. 1.829, inc. I, do CC/02, é gênero que congrega duas espécies: *(i) separação legal, (ii) separação convencional*. Uma decorre da lei e outra da vontade das partes, e ambas obrigam os cônjuges, uma vez estipulado o regime da separação de bens, à sua observância. Não remanesce, para o cônjuge casado mediante separação de bens, direito à meação, tampouco à concorrência sucessória, respeitando-se o regime de bens estipulado, que obriga as partes na vida e na morte. Nos dois casos, portanto, o cônjuge não é herdeiro necessário" (STJ, REsp 992.749/MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 01.12.2009, *DJe* 05.02.2010). Na verdade, o julgado se refere a uma situação peculiar, de um homem viúvo, com 51 anos de idade e graves problemas de saúde, que se casou com uma mulher de 21 anos de idade pelo regime da separação convencional de bens. Pela evidência, no caso, de um suposto *golpe do baú*, houve-se por bem desenvolver a tese exposta, a fim de afastar o direito sucessório da esposa.

O julgado merece críticas como já fez parte da doutrina, caso de José Fernando Simão,[37] Zeno Veloso,[38] Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho.[39] A principal crítica se refere ao fato de o julgado ignorar preceito legal, bem como todo o tratamento doutrinário referente às categorias da separação legal e da separação convencional de bens. Ademais, some-se a constatação pela qual o acórdão supostamente solucionou um caso concreto, mas criou outros tantos problemas pela incerteza categórica que gerou. Em suma, como Zeno Veloso, espera-se que tal forma de conclusão permaneça sozinha e isolada.[40]

Merece relevo o fato de que os ensinamentos constantes desta obra foram adotados pela 2.ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em decisão do final do ano de 2011, que afasta a concorrência sucessória do cônjuge no regime da separação convencional de bens. O acórdão foi assim ementado: "Agravo de instrumento. Inventário. Decisão que declarou que o cônjuge supérstite não é herdeiro nem meeiro. Viúva que foi casada com o autor da herança pelo regime da separação convencional. Decisão que contraria a lei, em especial os artigos 1.845 e 1829 do Código Civil. Decisão reformada. Agravo provido" (TJSP, Agravo de Instrumento 0007645-96.2011, Agravantes: Silvia Maria Aranha Matarazzo (inventariante) e outro, Agravada: Flavia Matarazzo, Comarca: São Paulo, Rel. Des. José Carlos Ferreira Alves, j. 04.10.2011).

Pontue-se que, sucessivamente, outros acórdãos da Corte Paulista seguiram tais premissas (ver:

TJSP, Agravo de Instrumento 0265463-22.2011.8.26.0000, São Paulo, 4.ª Câmara de Direito Privado, j. 15.03.2012, data de registro: 20.03.2012 e Agravo de Instrumento 0080738-58.2012.8.26.0000, Limeira, 4.ª Câmara de Direito Privado, j. 30.08.2012, data de registro: 01.09.2012. Ambos relatados pelo Des. Milton Paul de Carvalho Filho). Ao final de 2014, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça seguiu essa mesma lógica, ao concluir pela concorrência sucessória do cônjuge casado pela separação convencional de bens. Para o relator, Ministro Villas Bôas Cueva, a regra do art. 1.829, inciso I, do CC/2002 é norma de ordem pública, que não pode ser contrariada pelas partes, não tendo sido a separação convencional arrolada entre as exceções de não concorrência (Recurso Especial 1.472.945/RJ, j. 23.10.2014, publicado em 19.11.2014).

Espera-se o surgimento de outros julgados na mesma linha, deixando a posição daquele outro aresto superior ainda mais isolado.

Superadas tais observações, outra regra importante consta do art. 1.832 do CC, outra novidade introduzida no sistema, cuja redação merece destaque:

> "Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer".

De início, a norma enuncia que o cônjuge recebe o mesmo quinhão que receberem os descendentes. Ademais, o comando consagra a reserva de 1/4 da herança ao cônjuge, se ele for ascendente dos descendentes com quem concorrer. Assim, se o cônjuge concorrer somente com descendentes do falecido, não haverá a referida reserva. Na verdade, a questão somente ganha relevo se houver a concorrência com mais de três descendentes do falecido, situação em que a reserva da quarta parte ficaria em xeque.

Pois bem, o debate que o dispositivo desperta tem relação com a chamada *sucessão híbrida*, expressão de Giselda Hironaka, presente quando o cônjuge concorre com *descendentes comuns (de ambos) e com descendentes exclusivos do autor da herança*,[41] isso porque tal hipótese não foi prevista pelo legislador, presente uma lacuna normativa. Duas são as correntes fundamentais que surgem, conforme consta da tabela doutrinária elaborada por Francisco Cahali:

1.ª Corrente – Majoritária – Havendo sucessão híbrida, não se deve fazer a reserva da quarta parte ao cônjuge, tratando-se todos os descendentes como exclusivos do autor da herança. Assim entendem Caio Mário da Silva Pereira, Christiano Cassettari, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Gustavo René Nicolau, Inácio de Carvalho Neto, Jorge Fujita, Luiz Paulo Vieira de Carvalho, Maria Berenice Dais, Maria Helena Diniz, Maria Helena Braceiro Daneluzzi, Mário Delgado, Mário Roberto Carvalho de Faria, Rodrigo da Cunha Pereira, Rolf Madaleno, Sebastião Amorim, Euclides de Oliveira e Zeno Veloso; além do presente autor. Em sua obra lançada no ano de 2014, igualmente se posicionam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho.[42] O entendimento prestigia os filhos em detrimento do cônjuge, sendo essa a opção constitucional, na

opinião deste autor. Adotando a premissa, na *V Jornada de Direito Civil* aprovou-se o seguinte enunciado: "Na concorrência entre o cônjuge e os herdeiros do *de cujus*, não será reservada a quarta parte da herança para o sobrevivente no caso de filiação híbrida" (Enunciado n. 527).

2.ª Corrente – Minoritária – Em havendo sucessão híbrida, deve ser feita a reserva da quarta parte ao cônjuge, tratando-se todos os descendentes como comuns. Assim pensam Francisco José Cahali, José Fernando Simão e Sílvio de Salvo Venosa.[43]

Superado o estudo da concorrência do cônjuge com os descendentes, em relação ao direito sucessório dos últimos, os em grau mais próximo excluem os mais remotos, salvo o direito de representação, categoria que ainda será estudada (art. 1.833 do CC). Desse modo, ilustrando, se o falecido deixou dois filhos e quatro netos, filhos dos primeiros, a herança será atribuída aos primeiros. Se o falecido deixar apenas quatro netos e dois bisnetos, os últimos filhos dos primeiros, são os netos que herdam, e assim sucessivamente. Em todos os casos apontados, os descendentes da mesma classe têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes (art. 1.834 do CC). Por razões óbvias, um filho não pode receber por sucessão legítima mais do que outro, o que representaria atentado ao princípio da igualdade entre os filhos, retirado do art. 227, § 6.º, da CF/1988.

Por fim, na linha descendente, os filhos sucedem *por cabeça*, e os outros descendentes, *por cabeça* ou *por estirpe*, conforme se achem ou não no mesmo grau (art. 1.835 do CC). Conforme leciona Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, "Diz-se por cabeça a sucessão em que a herança se reparte um a um, no sentido de cada parte vir a ser entregue a um sucessor direto".[44] Por outra via, "a sucessão, diz-se por estirpe quando a herança não se reparte um a um relativamente aos chamados a herdar, mas sim na proporção dos parentes de mesmo grau vivo ou que, sendo mortos, tenham deixado prole ainda viva".[45] Dessa forma, sendo herdeiros dois filhos do falecido, que são irmãos, sucedem por cabeça. Sendo herdeiros um filho e um neto do falecido, o último por representação, o primeiro herda por cabeça e o último por estirpe. As expressões serão esclarecidas oportunamente, quando do estudo do direito de representação.

9.8.3 Da sucessão dos ascendentes e a concorrência do cônjuge

Nos termos dos arts. 1.829, II, e 1.836 do CC, na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes (*herdeiros de segunda classe*), do mesmo modo em concorrência com o cônjuge sobrevivente. Assim, se o falecido não deixou filhos, mas apenas pais e uma esposa, o direito sucessório é reconhecido a favor dos três (pai + mãe + esposa).

Do mesmo modo como ocorre com a sucessão dos descendentes, na classe dos ascendentes o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de linhas (art. 1.836, § 1.º, do CC). Não se pode esquecer – e o tema ainda será estudado – que *não existe direito de representação em relação*

aos ascendentes. Exemplificando, se o falecido deixou pais e avós, os dois primeiros herdam na mesma proporção.

Além disso, havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdam a metade, cabendo a outra aos da linha materna (art. 1.836, § 2.º, do CC). Para ilustrar, se o falecido não deixou pais, mas apenas avós paternos e maternos, a herança é dividida inicialmente em duas partes, uma para cada linha. Depois a herança é dividida entre os avós em cada grupo, que recebem quotas iguais. Todavia, se o falecido deixou três avós, dois na linha paterna e um na linha materna, estão presentes a igualdade de graus e a diversidade de linhas. Assim, metade da herança é atribuída aos avós paternos e outra metade para a avó materna.[46]

Para encerrar o presente tópico, a respeito do montante a que tem direito o cônjuge quando concorre com os ascendentes, duas são as regras previstas pelo art. 1.837 do CC:

- Concorrendo o cônjuge com dois ascendentes de primeiro grau (pai ou mãe), terá direito a um terço da herança. Então, naquele primeiro exemplo, em que o falecido deixou os pais e a esposa, os três terão direitos sucessórios na mesma proporção, ou seja, em 1/3 da herança.
- Concorrendo o cônjuge somente com um ascendente de primeiro grau ou com outros ascendentes de graus diversos, terá direito a metade da herança. Primeiro exemplo: o falecido deixou a mãe e a esposa. Cada uma recebe metade da herança. Segundo exemplo: o falecido deixou dois avós maternos e a esposa. A esposa recebe metade da herança. A outra metade é dividida entre as avós do falecido de forma igualitária.

9.8.4 Da sucessão do cônjuge, isoladamente

Faltando descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro e isoladamente ao cônjuge sobrevivente, que está na *terceira classe de herdeiros* (arts. 1.829, III, e 1.838 do CC). Como se pode notar, tal direito é reconhecido ao cônjuge independentemente do regime de bens adotado no casamento com o falecido.

A respeito do direito hereditário do cônjuge, é fundamental o estudo do polêmico art. 1.830 do CC, que tem aplicação tanto para os casos em que o cônjuge sucede isoladamente quanto em concorrência com os descendentes e ascendentes:

> "Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente".

De acordo com a primeira parte do dispositivo, se o cônjuge sobrevivente estava separado judicialmente ao tempo da morte do outro, não terá direito sucessório reconhecido. Deve-se atentar

ao fato de que este autor segue a corrente que sustenta que a Emenda Constitucional 66/2010 retirou do sistema a separação de direito – a incluir a separação judicial e a extrajudicial –, restando apenas o divórcio como forma de extinção do casamento. Por esse caminho, a primeira parte do comando somente se aplica às pessoas separadas judicialmente quando da entrada em vigor da Emenda Constitucional, perdendo em parte considerável a sua aplicação prática.

Já a segunda parte do art. 1.830 do CC preconiza que o cônjuge separado de fato há mais de dois anos também não tem reconhecido o seu direito sucessório, salvo se provar que o fim do casamento não se deu por culpa sua. A menção à culpa é amplamente criticada pelos doutrinadores brasileiros. Rolf Madaleno aponta e critica a existência de uma *culpa mortuária*, a conduzir a uma prova diabólica. Vejamos as suas lições:

> "Contudo, se ainda é possível entender, sem mais concordar, que possam os cônjuges desafetos eternizar suas disputas no ventre de uma morosa e inútil separação judicial causal, qualquer sentido pode ser encontrado na possibilidade aberta pelo atual codificador ao permitir pelo atual art. 1.830 do Código Civil, que o cônjuge sobrevivente acione o Judiciário para discutir a culpa do esposo que já morreu. Abre a nova lei o exame da culpa funerária, ao prescrever que só conhece o direito sucessório do cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente. É a pesquisa oficial da culpa mortuária passados até dois anos de fática separação, quando toda a construção doutrinária e jurisprudencial já vinha apontando para a extinção do regime de comunicação patrimonial com a física separação dos cônjuges, numa consequência de lógica coerência da separação objetiva, pela mera aferição do tempo, que por si mesmo sepulta qualquer antiga comunhão de vida".[47]

Na esteira de suas palavras, e conforme já manifestado em obra escrita em coautoria com José Fernando Simão, este autor entende que a menção à culpa deve ser vista com ressalvas, prevalecendo na análise do intérprete apenas a separação de fato do casal.[48]

De toda sorte, ainda podem ser encontrados dois outros posicionamentos antagônicos.

Para um *primeiro entendimento*, a culpa não pode ser mais debatida para fins de dissolução do casamento desde a entrada em vigor da *Emenda do Divórcio* (EC 66/2010). Sendo assim, também não pode ser discutida para fins sucessórios. Assim pensam, por exemplo, Paulo Lôbo, Maria Berenice Dias, Rodrigo da Cunha Pereira, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho.

Para um *segundo entendimento*, o art. 1.830 do CC permanece incólume, tendo ampla aplicação, pois em vigor, devendo a citada *culpa mortuária* ou *funerária* ser investigada. Alguns julgados fazem o comando incidir, sem qualquer restrição, inclusive com perquirição de culpa (a título de exemplo: TJMG, Apelação Cível 1.0431.05.022656-9/0011, Monte Carmelo, 2.ª Câmara Cível, Rel. Des. Caetano Levi Lopes, j. 02.06.2009, *DJEMG* 23.06.2009; TJMG, Apelação Cível 1.0479.05.094351-9/0011, Passos, 4.ª Câmara Cível, Rel. Des. Moreira Diniz, j. 05.02.2009, *DJEMG* 27.02.2009; TJSP, Agravo de Instrumento 582.605.4/1, Acórdão 3509289, Batatais, 10.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Octavio Helena, j. 03.03.2009, *DJESP* 09.06.2009).

Em suma, os limites de subsunção do art. 1.830 do CC é tema ainda em aberto na doutrina e na jurisprudência nacionais, residindo na norma um dos grandes desafios da civilística sucessória brasileira.

Ato contínuo de estudo, repise-se que o art. 1.831 reconhece ao cônjuge sobrevivente, seja qual for o regime de bens do casamento, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar. Na esteira da melhor jurisprudência, não importa se o imóvel é comum ou exclusivo do falecido, reconhecendo-se o direito real em ambos os casos (STJ, REsp 826.838/RJ, 3.ª Turma, Rel. Min. Castro Filho, j. 25.09.2006, *DJU* 16.10.2006, p. 373).

A norma visa a proteger o *direito de moradia* do cônjuge, direito fundamental reconhecido pelo art. 6.º da Constituição Federal. Em sintonia com o comando, pode ser citada a célebre tese do *patrimônio mínimo*, de Luiz Edson Fachin, segundo a qual se deve assegurar à pessoa um mínimo de direitos patrimoniais para a manutenção de sua dignidade.[49]

Leciona Zeno Veloso que tal direito real de habitação é personalíssimo, tendo como destinação específica a moradia do titular, que não poderá emprestar ou locar o imóvel a terceiro. Aponta ainda o jurista paraense não parecer justo manter tal direito se o cônjuge constituir nova família.[50] Com o devido respeito às lições, em casos excepcionais, este autor entende que as duas regras podem ser quebradas, aplicando-se a *ponderação* a favor da moradia.

De início, imagine-se que o cônjuge loca esse imóvel por questão de necessidade mínima, utilizando o aluguel do imóvel para a locação de outro, destinado para a sua moradia. Em casos tais, entende o presente autor que o direito pode ser mantido, conforme já decidiu, analisando socialmente a questão o Tribunal Gaúcho:

> "Agravo Interno. Agravo de Instrumento. Decisão monocrática. Inventário. Bem locado. Direito real de aquisição do cônjuge sobrevivente. Ainda que o cônjuge não resida no imóvel, sendo este o único bem, possui direito real de habitação. Estando o imóvel locado, e sendo o valor dos aluguéis utilizados na subsistência do cônjuge, o valor deve ser auferido integralmente pelo cônjuge. Deram Parcial Provimento" (TJRS, Agravo 70027892637, Caxias do Sul, 8.ª Câmara Cível, Rel. Des. Rui Portanova, j. 12.03.2009, *DOERS* 20.03.2009, p. 40).

No que tange à constituição de nova família, vislumbra-se a hipótese em que o cônjuge habitante não tem boas condições financeiras, ao contrário dos outros herdeiros, descendentes, que são inclusive proprietários de outros imóveis. Seria justo desalojar o cônjuge pelo simples fato de constituir nova família? Este autor entende que não, ponderando-se a favor da moradia e da família.

Por derradeiro quanto à sucessão do cônjuge, merece críticas, mais uma vez pela proteção da moradia, o Enunciado n. 271 do CJF/STJ, da *III Jornada de Direito Civil*, pelo qual: "O cônjuge pode renunciar ao direito real de habitação, nos autos do inventário ou por escritura pública, sem

prejuízo de sua participação na herança". Na opinião deste autor, o direito real de habitação é irrenunciável, por envolver a consagração do direito fundamental à moradia nas relações privadas (art. 6.º da CF/1988). Repise-se que, nessa linha, a jurisprudência do STJ entende que o Bem de Família, pela mesma razão, é irrenunciável (ver, por todos: STJ, AgRg-Ag 426.422/PR, 3.ª Turma, Rel. Des. Conv. Paulo Furtado, j. 27.10.2009, *DJE* 12.11.2009 e AgRg-Ag 1.114.259/RS, 3.ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 26.05.2009, *DJE* 08.06.2009).

9.8.5 Da sucessão dos colaterais

Os colaterais são *herdeiros de quarta e última classe* na ordem de vocação hereditária (art. 1.829, IV, do CC). Deve ficar claro, de imediato, que, em relação a tais parentes, o cônjuge não concorre. Estabelece o art. 1.839 do CC que se não houver cônjuge sobrevivente, nas condições estabelecidas no art. 1.830, serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau. Desse modo, são herdeiros os irmãos, os tios, os sobrinhos, os primos, os tios-avós e os sobrinhos netos. Além desses parentes, não há direitos sucessórios, tão pouco relação de parentesco (art. 1.592 do CC).

Pois bem, a sucessão dos colaterais não é simples, devendo ser expostas as regras, de forma pontual, para posterior ilustração. Vejamos:

1.ª Regra – Na classe dos colaterais, os mais próximos excluem os mais remotos, salvo o direito de representação concedido aos filhos de irmãos (art. 1.840 do CC). Assim sendo, os irmãos (colaterais de segundo grau) excluem os sobrinhos e tios (colaterais de terceiro grau). Ainda ilustrando, os sobrinhos e tios (colaterais de terceiro grau) excluem os primos, sobrinhos-netos e tios-avós (colaterais de quarto grau). Porém, conforme se verá, se o falecido deixou um irmão e um sobrinho, filho de outro irmão premorto, o último terá direito sucessório junto ao irmão do falecido vivo, por força do direito de representação.

2.ª Regra – Concorrendo à herança do falecido irmãos bilaterais com irmãos unilaterais, cada um destes herdará metade do que cada um daqueles herdar (art. 1.841 do CC). Os *irmãos bilaterais* ou *germanos* são aqueles com mesmo pai *e* mesma mãe. Os irmãos unilaterais ou meio-irmãos são aqueles com mesmo pai *ou* mesma mãe. Se a identidade for de pai, os irmãos são *unilaterais consanguíneos*; se de mãe, os irmãos são *unilaterais uterinos*. De acordo com a norma, se o falecido deixar um irmão bilateral e um unilateral, o primeiro recebe 66,66% da herança e o último, 33,33%. Na opinião deste autor não há qualquer inconstitucionalidade nessa previsão, por suposta discriminação. De início, destaque-se que a norma se refere a irmãos e não a filhos, não sendo o caso de invocar o art. 227, § 6.º, da CF/1988. Ademais, o dispositivo parece estar situado na segunda parte da isonomia constitucional (art. 5.º da CF/1988), na especialidade, eis que *a lei deve tratar de maneira igual os iguais e de maneira desigual os desiguais*. E, como bem aponta Zeno Veloso, "A solução deste artigo se justifica porque, como se diz, o irmão bilateral é irmão duas vezes; o vínculo parental que une os irmãos germanos é duplicado. Por esse fato, o irmão bilateral deve receber quota hereditária dobrada da que couber ao irmão unilateral".[51]

3.ª Regra – Não concorrendo à herança irmão bilateral, herdarão, em partes iguais, os irmãos unilaterais (art. 1.842 do CC). Exemplo: se o falecido deixar quatro irmãos, dois unilaterais uterinos e dois unilaterais consanguíneos, cada um destes receberá 25% da herança.

4.ª Regra – Conforme consta do art. 1.843, *caput*, do CC, na falta de irmãos, herdarão os filhos destes (sobrinhos). Na falta dos sobrinhos, herdarão os tios. Como se observa, os sobrinhos têm prioridade sobre os tios, por opção legislativa, apesar de serem parentes de mesmo grau (terceiro). Em complemento, se concorrerem à herança somente filhos de irmãos falecidos,

herdarão por cabeça (art. 1.843, § 1.º, do CC). Se concorrem filhos de irmãos bilaterais com filhos de irmãos unilaterais, cada um destes herdará a metade do que herdar cada um daqueles, o que é decorrência daquela regra anterior (art. 1.843, § 2.º, do CC). Por fim, se todos forem filhos de irmãos bilaterais, ou todos de irmãos unilaterais, herdarão por igual (art. 1.843, § 3.º, do CC).

Insta observar que o CC/2002 não traz regras a respeito da sucessão dos colaterais de quarto grau (primos, sobrinhos-netos e tios-avós). Deve-se concluir, em relação a tais parentes, que herdam sempre por direito próprio.[52] Ato contínuo, como são parentes de mesmo grau, um não exclui o direito do outro. Desse modo, se o falecido deixou somente um primo, um tio-avô e um sobrinho-neto, os três receberão a herança em quotas iguais.

9.8.6 Da sucessão do companheiro. O polêmico art. 1.790 do CC e suas controvérsias principais

Um dos dispositivos mais criticados e comentados da atual codificação privada é o relativo à sucessão do companheiro, merecendo destaque especial para os devidos aprofundamentos:

> "Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:
>
> I – se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;
>
> II – se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;
>
> III – se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;
>
> IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança".

A norma está mal colocada, introduzida entre as disposições gerais do Direito das Sucessões. Isso se deu pelo fato de o tratamento relativo à união estável ter sido incluído no CC/2002 nos últimos momentos de sua elaboração. Pelo mesmo fato, o companheiro não consta da ordem de vocação hereditária, sendo tratado como um *herdeiro especial*.

Deve ficar claro que o comando tem aplicação para os companheiros ou conviventes homoafetivos, diante da histórica decisão de equiparação do Supremo Tribunal Federal, de 5 de maio de 2011 (*Informativo* n. *625* do STF). Sendo assim, todas as menções sucessórias aos companheiros devem abranger aqueles que vivem em união homoafetiva, sem qualquer distinção prática.

Pois bem, como premissa fundamental para o reconhecimento do direito sucessório do companheiro ou companheira, o *caput* do comando enuncia que somente haverá direitos quanto aos *bens adquiridos onerosamente* durante a união. Desse modo, comunicam-se os bens havidos pelo trabalho de um ou de ambos durante a existência da união estável, excluindo-se bens recebidos a

título gratuito, por doação ou sucessão. *Deve ficar claro que a norma não está tratando de meação, mas de sucessão ou herança, independentemente do regime de bens adotado*.

Por isso, em regra, pode-se afirmar que o companheiro é meeiro e herdeiro, eis que, no silêncio das partes, vale para a união estável o regime da comunhão parcial de bens (art. 1.725 do CC). Cumpre destacar que tais premissas foram adotadas e citadas em recente acórdão do Superior Tribunal de Justiça, assim ementado:

> "Recurso especial. Direito das sucessões. Arts. 1.659, VI, e 1.790, II, ambos do Código Civil. Distinção entre herança e participação na sociedade conjugal. Proporção do direito sucessório da companheira em relação ao do descendente exclusivo do autor da herança. 1. Os arts. 1.659, VI, e o art. 1.790, II, ambos do Código Civil, referem-se a institutos diversos: o primeiro dirige-se ao regime de comunhão parcial de bens no casamento, enquanto o segundo direciona-se à regulação dos direitos sucessórios, ressoando inequívoca a distinção entre os institutos da herança e da participação na sociedade conjugal. 2. Tratando-se de direito sucessório, incide o mandamento insculpido no art. 1.790, II, do Código Civil, razão pela qual a companheira concorre com o descendente exclusivo do autor da herança, que deve ser calculada sobre todo o patrimônio adquirido pelo falecido durante a convivência, excetuando-se o recebido mediante doação ou herança. Por isso que lhe cabe a proporção de 1/3 do patrimônio (a metade da quota-parte destinada ao herdeiro). 3. Recurso especial parcialmente provido, acompanhando o voto do Relator" (STJ, REsp 887990/PE, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4.ª Turma, j. 24.05.2011, *DJe* 23.11.2011).

Surge, como primeira polêmica, problema referente aos bens adquiridos pelo companheiro a título gratuito (*v.g.*, doação). Se o companheiro falecido tiver apenas bens recebidos a esse título, não deixando descendentes, ascendentes ou colaterais, os bens devem ser destinados ao companheiro ou ao Estado?

Filia-se ao entendimento de transmissão ao companheiro, pela clareza do art. 1.844 do CC, pelo qual os bens somente serão destinados ao Estado se o falecido não deixar cônjuge, *companheiro* ou outro herdeiro. Na *tabela doutrinária*, esse parece ser o entendimento majoritário, eis que exposta a dúvida em relação à possibilidade de o companheiro concorrer com o Estado em casos tais. A maioria dos doutrinadores respondeu negativamente para tal concorrência, caso de Caio Mário da Silva Pereira, Christiano Cassettari, Eduardo de Oliveira Leite, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Gustavo René Nicolau, Jorge Fujita, José Fernando Simão, Luiz Paulo Vieira de Carvalho, Maria Berenice Dias, Maria Helena Diniz, Mario Roberto de Faria, Rolf Madaleno, Sebastião Amorim, Euclides de Oliveira e Sílvio de Salvo Venosa; além do presente autor.

Por outra via, sustentando que o companheiro deve concorrer com o Estado em casos tais: Francisco José Cahali, Giselda Hironaka, Inácio de Carvalho Neto, Maria Helena Daneluzzi, Mário Delgado, Rodrigo da Cunha Pereira e Zeno Veloso.[53] Ato contínuo de estudo, nota-se que o art. 1.790 do CC reconhece direitos sucessórios ao convivente em concorrência com os descendentes do autor da herança.

Nos termos do seu inc. I, se o companheiro concorrer com filhos comuns (de ambos), terá

direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho. Por outra via, se concorrer com descendentes só do autor da herança (*descendentes exclusivos*), tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles. O equívoco é claro na redação dos incisos, uma vez que o primeiro faz menção aos filhos; enquanto que o segundo aos descendentes. Na esteira da melhor doutrina, é forçoso concluir que o inc. I também incide às hipóteses em que estão presentes outros descendentes do falecido. Nesse sentido, o Enunciado n. 266 do CJF/STJ, da *III Jornada de Direito Civil:* "Aplica-se o inc. I do art. 1.790 também na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns, e não apenas na concorrência com filhos comuns".

Na tabela doutrinária de Francisco Cahali, tal conclusão é quase unânime, assim pensando Caio Mário da Silva Pereira, Christiano Cassettari, Francisco Cahali, Giselda Hironaka, Inácio de Carvalho Neto, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Gustavo René Nicolau, Jorge Fujita, José Fernando Simão, Luiz Paulo Vieira de Carvalho, Rolf Madaleno, Sebastião Amorim e Euclides de Oliveira; além do presente autor. Em sentido contrário, pela aplicação do inc. III do art. 1.790 do CC, em situações tais, apenas Maria Berenice Dias e Mário Roberto Carvalho de Faria.[54]

Mais uma vez, situação não descrita refere-se à *sucessão híbrida*, ou seja, caso em que o companheiro concorre, ao mesmo tempo, com descendentes comuns e exclusivos do autor da herança. Novamente, a *Torre de Babel* aparece, surgindo, sobre o problema, três correntes fundamentais bem definidas:

1.ª Corrente – Em casos de sucessão híbrida, deve-se aplicar o inciso I do art. 1.790, tratando-se todos os descendentes como se fossem comuns, já que filhos comuns estão presentes. Esse entendimento é o majoritário na tabela doutrinária de Cahali: Caio Mário da Silva Pereira, Christiano Cassettari, Francisco Cahali, Inácio de Carvalho Neto, Jorge Fujita, José Fernando Simão, Luiz Paulo Vieira de Carvalho, Maria Berenice Dias, Maria Helena Daneluzzi, Mário Delgado, Rodrigo da Cunha Pereira, Rolf Madaleno e Silvio de Salvo Venosa.

2.ª Corrente – Presente a sucessão híbrida, subsume-se o inciso II do art. 1.790, tratando-se todos os descendentes como se fossem exclusivos (só do autor da herança). Este autor está filiado a tal corrente, assim como Gustavo René Nicolau, Maria Helena Diniz, Sebastião Amorim, Euclides de Oliveira e Zeno Veloso. Ora, como a sucessão é do falecido, em havendo dúvida por omissão legislativa, os descendentes devem ser tratados como sendo *dele*, *do falecido*. Anote-se que julgado do TJSP adotou essa corrente, concluindo que entender de forma contrária violaria a razoabilidade: "Inventário. Partilha judicial. Participação da companheira na sucessão do d*e cujus* em relação aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. Concorrência da companheira com descendentes comuns e exclusivos do falecido. Hipótese não prevista em lei. Atribuição de cotas iguais a todos. Descabimento. Critério que prejudica o direito hereditário dos descendentes exclusivos, afrontando a norma constitucional de igualdade entre os filhos (art. 227, § 6.º, da CF/1988). Aplicação, por analogia, do art. 1.790, II do Código Civil. Possibilidade. Solução mais razoável, que preserva a igualdade de quinhões entre os filhos, atribuindo à companheira, além de sua meação, a metade do que couber a cada um deles. Decisão reformada. Recurso provido (TJSP, Agravo de Instrumento 994.08.138700-0, Acórdão 4395653, São Paulo, 7.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Álvaro Passos, j. 24.03.2010, *DJESP* 15.04.2010). No mesmo sentido: TJSP, Agravo de Instrumento 652.505.4/0, Acórdão 4068323, São Paulo, 5.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Roberto Nussinkis Mac Cracken, j. 09.09.2009, *DJESP* 05.10.2009).

3.ª Corrente – Na sucessão híbrida, deve-se aplicar fórmula matemática de ponderação para a sua solução. Dentre tantas

fórmulas, destaca-se a Fórmula Tusa, elaborada por Gabriele Tusa, com o auxílio do economista Fernando Curi Peres.[55] A fórmula é a seguinte:

$$X = \frac{2(F + S)}{2(F + S)^2 + 2F + S} \cdot H$$

$$C = \frac{2F + S}{2(F+S)} \cdot X$$

Legenda

X = o quinhão hereditário que caberá a cada um dos filhos.

C = o quinhão hereditário que caberá ao companheiro sobrevivente.

H = o valor dos bens hereditários sobre os quais recairá a concorrência do companheiro sobrevivente.

F = número de descendentes comuns com os quais concorra o companheiro sobrevivente.

S = o número de descendentes exclusivos com os quais concorra o companheiro sobrevivente.

Superada a controvérsia a respeito da *sucessão híbrida*, seguindo na leitura e estudo do art. 1.790 do CC, enuncia o seu inciso III que se o companheiro ou convivente concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança. Como *outros parentes sucessíveis*, leiam-se os ascendentes e os colaterais até quarto grau. Como se verá, há julgados que reconhecem a inconstitucionalidade dessa previsão, por colocar o companheiro em posição desfavorável em relação a parentes longínquos, com os quais muitas vezes não se tem contato social. Ora, muitas vezes não se sabe sequer o nome de um tio-avô, de um sobrinho-neto ou mesmo de um primo. Deve ficar claro que este autor está filiado à tese de inconstitucionalidade do comando.

Por fim, consagra o inc. IV do art. 1.790 do CC que, não havendo parentes sucessíveis – descendentes, ascendentes e colaterais até o quarto grau –, o companheiro terá direito à totalidade da herança.

Outra questão controvertida a respeito da sucessão do companheiro se refere ao direito real de habitação sobre o imóvel do casal, eis que o CC/2002 não o consagra expressamente. Todavia, apesar do silêncio do legislador, prevalece o entendimento pela manutenção de tal direito sucessório. Nesse sentido, o Enunciado n. 117 do CJF/STJ, da *I Jornada de Direito Civil*: "o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/1996, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6.º, *caput*, da CF/1988".

Como se nota, dois são os argumentos que constam do enunciado doutrinário. O primeiro é que não houve a revogação expressa da Lei 9.278/1996, na parte que tratava do citado direito real de habitação (art. 7.º, parágrafo único). O segundo argumento, mais forte, é a prevalência do citado

direito diante da proteção constitucional da moradia, retirada do art. 6.º da CF/1988, o que está em sintonia com o Direito Civil Constitucional. De fato, esse entendimento prevalece na doutrina nacional. Na citada *tabela doutrinária*, assim deduzem Christiano Cassettari, Giselda Hironaka, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Gustavo René Nicolau, Jorge Fujita, José Fernando Simão, Luiz Paulo Vieira de Carvalho, Maria Berenice Dias, Maria Helena Diniz, Maria Helena Daneluzzi, Rodrigo da Cunha Pereira, Rolf Madaleno, Sebastião Amorim, Euclides de Oliveira, Sílvio de Salvo Venosa e Zeno Veloso; além deste autor.[56]

Não é diferente a conclusão da jurisprudência, havendo inúmeros julgados que concluem pela manutenção do direito real de habitação a favor do companheiro (por todos: STJ, REsp. 821.660/DF, 3.ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 14.06.2011, v.u.; TJSP, Agravo de Instrumento 990.10.007582-9, Acórdão 4569452, Araçatuba, 1.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. De Santi Ribeiro, j. 29.06.2010, *DJESP* 28.07.2010; TJRS, Apelação Cível 70029616836, Porto Alegre, 7.ª Câmara Cível, Rel. Des. André Luiz Planella Villarinho, j. 16.12.2009, *DJERS* 06.01.2010, p. 35; TJDF, Recurso 2006.08.1.007959-5, Acórdão 355.521, 6.ª Turma Cível, Rel.ª Des.ª Ana Maria Duarte Amarante Brito, *DJDFTE* 13.05.2009, p. 145; TJSP, Apelação 573.553.4/2, Acórdão 4005883, Guarulhos, 4.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 30.07.2009, *DJESP* 16.09.2009; TJSP, Apelação com Revisão 619.599.4/5, Acórdão 3692033, São Paulo, 6.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Percival Nogueira, j. 18.06.2009, *DJESP* 14.07.2009).

De toda sorte, a conclusão não é unânime, pois há quem entenda que tal direito não persiste mais, tendo o legislador feito *silêncio eloquente*: Francisco José Cahali, Inácio de Carvalho Neto e Mário Luiz Delgado. No mesmo sentido podem ser encontrados alguns julgados (cite-se: TJSP, Apelação 991.06.028671-7, Acórdão 4621644, São Paulo, 22.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Campos Mello, j. 26.07.2010, *DJESP* 12.08.2010 e TJSP, Apelação com Revisão 473.746.4/4, Acórdão 4147571, Fernandópolis, 7.ª Câmara de Direito Privado B, Rel.ª Des.ª Daise Fajardo Nogueira Jacot, j. 27.10.2009, *DJESP* 10.11.2009).

Questão de maior relevo refere-se à suposta inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC, o que é suscitado por alguns dos nossos maiores *sucessionistas*. De início, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka é uma das juristas que sustenta ser o dispositivo inconstitucional, por desprezar a *equalização do companheiro ao cônjuge*, constante do art. 226, § 3.º, da CF/1988.[57] Do mesmo modo, Zeno Veloso lamenta a redação do comando, lecionando que "As famílias são iguais, dotadas da mesma dignidade e respeito. Não há, em nosso país, família de primeira, segunda ou terceira classe. Qualquer discriminação, neste campo, é nitidamente inconstitucional. O art. 1.790 do Código Civil desiguala as famílias. É dispositivo passadista, retrógrado, perverso. Deve ser eliminado o quanto antes. O Código ficaria melhor – e muito melhor – sem essa excrescência".[58]

A tese da inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC encontra amparos em numerosos julgados dos Tribunais, mas com uma grande variação de entendimentos, conforme se pode extrair do resumo

a seguir:

- *Existem julgados que reconhecem a inconstitucionalidade somente do inc. III do art. 1.790, ao prever que o companheiro recebe 1/3 da herança na concorrência com ascendentes e colaterais até quarto grau*. Repise-se que este autor é favorável à tese de inconstitucionalidade somente desse inciso, por ser mesmo desproporcional, desprestigiando a união estável. Nesse sentido: "Agravo de Instrumento. Inventário. Companheiro sobrevivente. Direito à totalidade da herança. Parentes colaterais. Exclusão dos irmãos da sucessão. Inaplicabilidade do art. 1.790, inc. III, do CC/2002. Incidente de inconstitucionalidade. Art. 480 do CPC. Não se aplica a regra contida no art. 1.790, inc. III, do CC/2002, por afronta aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e de igualdade, já que o art. 226, § 3.º, da CF/1988, deu tratamento paritário ao instituto da união estável em relação ao casamento. Assim, devem ser excluídos da sucessão os parentes colaterais, tendo o companheiro o direito à totalidade da herança. Incidente de inconstitucionalidade arguido, de ofício, na forma do art. 480 do CPC. Incidente rejeitado, por maioria. Recurso desprovido, por maioria" (TJRS, Agravo de Instrumento 70017169335, Porto Alegre, 8.ª Câmara Cível, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, j. 08.03.2007, *DJERS* 27.11.2009, p. 38). Concluindo do mesmo modo: TJSP, Agravo de Instrumento 654.999.4/7, Acórdão 4034200, São Paulo, 4.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Teixeira Leite, j. 27.08.2009, *DJESP* 23.09.2009 e TJSP, Agravo de Instrumento 609.024.4/4, Acórdão 3618121, São Paulo, 8.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Caetano Lagrasta, j. 06.05.2009, *DJESP* 17.06.2009. A Corte Especial do Tribunal de Justiça do Paraná já seguiu tal entendimento, reconhecendo a inconstitucionalidade somente do inc. III do preceito (TJPR, Incidente de declaração de inconstitucionalidade 536.589-9/01, da 18.ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba. Suscitante: 12.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Relator: Des. Sérgio Arenhart, j. 04.12.2009). Na mesma esteira, o Pleno do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, com a seguinte ementa de conclusão final: "Arguição de inconstitucionalidade. Art. 1.790, inciso III, do Código Civil. Sucessão do companheiro. Concorrência com parentes sucessíveis. Violação à isonomia estabelecida pela Constituição Federal entre cônjuges e companheiros (art. 226, § 3.º). Enunciado da *IV Jornada de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal. Incabível o retrocesso dos direitos reconhecidos à união estável. Inconstitucionalidade reconhecida. Procedência do incidente" (TJRJ, Arguição de Inconstitucionalidade 00326554020118190000, Rel. Des. Bernardo Moreira Garcez Neto, OE – Secretaria do Tribunal Pleno e Órgão Especial, j. 11.06.2012). Decisão do ano de 2011 do Superior Tribunal de Justiça, seguindo a linha esposada, suscitou a inconstitucionalidade dos incs. III e IV do art. 1.790, remetendo a questão para julgamento pelo Órgão Especial da Corte: "Incidente de arguição de inconstitucionalidade. Art. 1.790, incisos III e IV do Código Civil de 2002. União estável. Sucessão do companheiro. Concorrência com parentes sucessíveis. Preenchidos os requisitos legais e regimentais, cabível o incidente de inconstitucionalidade dos incisos, III e IV, do art. 1.790, Código Civil, diante do intenso debate doutrinário e jurisprudencial acerca da matéria tratada". (STJ, AI no REsp 1.135.354/PB, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 24.05.2011, *DJe* 02.06.2011). Porém, em outubro de 2012, o Órgão Especial da Corte Superior concluiu pela não apreciação dessa inconstitucionalidade suscitada pela 4.ª Turma, eis que o recurso próprio para tanto deve ser o extraordinário, a ser julgado pelo Supremo Tribunal Federal (publicado no *Informativo* n. *505* do STJ). Em suma, a questão da inconstitucionalidade não foi resolvida em sede de Superior Tribunal de Justiça, aguardando-se eventual julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. Com a *decisium*, o recurso especial voltou à 4.ª Turma para ser julgado apenas nos aspectos infraconstitucionais. Todavia, processos continuam a ser remetidos para a Corte Especial do Tribunal da Cidadania. Tanto isso é verdade que, em 2014, a questão voltou à pauta do Órgão, pendendo de apreciação até a atualização deste livro, por conta da divergência quanto à legitimidade de julgamento, ou seja, se a temática deve ser analisada pelo próprio STJ ou pelo STF.
- *Há ementas que sustentam a inconstitucionalidade de todo art. 1.790 do CC, por trazer menos direitos sucessórios ao companheiro, se confrontado com os direitos sucessórios do cônjuge (art. 1.829)*. Assim: "Direito sucessório. Bens adquiridos onerosamente durante a união estável Concorrência da companheira com filhos comuns e exclusivo do autor da herança. Omissão legislativa nessa hipótese. Irrelevância. Impossibilidade de se conferir à companheira mais do que teria se casada fosse. Proteção constitucional a amparar ambas as entidades familiares. Inaplicabilidade do art. 1.790 do Código Civil. Reconhecido direito de meação da companheira, afastado o direito de concorrência com os

descendentes. Aplicação da regra do art. 1.829, inciso I do Código Civil. Sentença mantida. Recurso não provido" (TJSP, Apelação 994.08.061243-8, Acórdão 4421651, Piracicaba, 7.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Élcio Trujillo, j. 07.04.2010, *DJESP* 22.04.2010). Fez o mesmo o Pleno do Tribunal de Justiça de Sergipe no Acórdão 20113402, julgando o Incidente de Inconstitucionalidade 8/2010, conforme a relatoria da Des. Marilza Maynard Salgado de Carvalho (j. 30.03.2011). Vejamos o teor da ementa desse importante acórdão: "Constitucional e civil. Incidente de inconstitucionalidade. União estável. Direito sucessório do companheiro. Art. 1.790 do Código Civil de 2002. Ofensa aos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana. Art. 226, § 3.º, da CF/1988. Equiparação entre companheiro e cônjuge. Violação. Inconstitucionalidade declarada. I – A questão relativa à sucessão na união estável e a consequente distribuição dos bens deixados pelo companheiro falecido, conforme previsão do art. 1.790 do Código Civil de 2002, reclama a análise da inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, pois este, ao dispor sobre o direito sucessório da companheira sobrevivente, ignorou a equiparação da união estável ao casamento prevista no art. 226, § 3.º, da CF, configurando ofensa aos princípios constitucionais da isonomia e da dignidade humana; II – Incidente conhecido, para declarar a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002".

– *Ainda podem ser encontradas decisões que suspendem o processo até que o Órgão Especial do Tribunal reconheça ou não a constitucionalidade da norma:* "Agravo de Instrumento. Constitucional. Arguição de inconstitucionalidade acatada pelo magistrado de 1.º grau. Artigo 1.790, inciso III, do Código Civil. Recurso que visa o reconhecimento da constitucionalidade da norma legal. Competência para julgá-la do órgão especial. Art. 97 da Constituição Federal. Suspensão do julgamento do recurso de agravo. Remessa dos autos ao órgão especial. 1. Nos tribunais em que há órgão especial, a declaração de inconstitucionalidade de Lei ou ato normativo do poder público, tanto a hipótese de controle concentrado como na de incidental, por força da norma contida no art. 97 da Constituição Federal, somente pode ser declarada pelo voto da maioria absoluta dos membros que o compõem. 2. Se os integrantes do órgão fracionário – Câmara Cível – se inclinam em manter a arguição de inconstitucionalidade formulada pelos recorridos em 1.º grau, o julgamento do recurso de agravo de instrumento deve ser suspenso, com a remessa dos autos ao órgão especial para que o incidente de inconstitucionalidade seja julgado, ficando a câmara, quando os autos lhe forem restituídos para que o julgamento do recurso tenha prosseguimento, vinculada, quanto à questão constitucional, à decisão do órgão especial" (TJPR, Agravo de Instrumento 0536589-9, Curitiba, 12.ª Câmara Cível, Rel. Des. Costa Barros, *DJPR* 29.06.2009, p. 223). Na mesma linha, remetendo os autos para o Órgão Especial: TJSP, Apelação com Revisão 587.852.4/4, Acórdão 4131706, Jundiaí, 9.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Piva Rodrigues, j. 25.08.2009, *DJESP* 25.11.2009). Tecnicamente, essa parece ser a melhor conclusão, respeitando a reserva de plenário consagrada na Súmula Vinculante 10, do Supremo Tribunal Federal: "Viola a cláusula de reserva de plenário (CF/1988, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte".

– Curiosamente, consigne-se decisão do Tribunal Paulista que sustenta a *inconstitucionalidade do art. 1.790 por trazer mais direitos à companheira do que ao cônjuge*. Ao final, a decisão determina a remessa dos autos ao Órgão Especial: "Inventário. Partilha. Meação da companheira. Decisão que aplica o artigo 1.790, II, do Código Civil. Determinação de concorrência entre a companheira e os filhos do *de cujus* quanto aos bens adquiridos na constância da união, afora a meação. Inconformismo. Alegação de ofensa ao artigo 226, § 3.º, da CF/1988. Concessão de direitos mais amplos à companheira que a esposa. Acolhimento da arguição de inconstitucionalidade. Questão submetida ao Órgão Especial. Incidência do art. 481, do CPC, e 97, da CF/1988. Aplicação da Súmula Vinculante n. 10, do STF. Recurso conhecido, sendo determinada a remessa dos autos ao Órgão Especial, nos termos do art. 657, do Regimento Interno desta Corte" (TJSP, Agravo de Instrumento 598.268.4/4, Acórdão 3446085, Barueri, 9.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Grava Brasil, j. 20.01.2009, *DJESP* 10.03.2009).

– Por fim, existem decisões que concluem pela *inexistência de qualquer inconstitucionalidade no art. 1.790 do CC*. Há variação na linha seguida para tal conclusão. De início, anota-se decisão que entendeu que a CF/1988 não equiparou a união estável ao casamento, o que justifica o tratamento diferenciado ("A Constituição Federal não equiparou o instituto da união estável ao do casamento, tendo tão somente reconhecido aquele como entidade familiar (art. 226, § 3.º, CF/1988). Dessa forma, é possível verificar que a legislação civil buscou resguardar, de forma especial, o direito do cônjuge, o qual possui prerrogativas que não são asseguradas ao companheiro. Sendo assim, o tratamento diferenciado dado pelo Código Civil a esses institutos, especialmente no tocante ao direito sobre a participação na herança do

companheiro ou cônjuge falecido, não ofende o princípio da isonomia, mesmo que, em determinados casos, como o dos presentes autos, possa parecer que o companheiro tenha sido privilegiado. O artigo 1.790 do Código Civil, portanto, é constitucional, pois não fere o princípio da isonomia" (TJDF, Recurso 2009.00.2.001862-2, Acórdão 355.492, 1.ª Turma Cível, Rel. Des. Natanael Caetano, *DJDFTE* 12.05.2009, p. 81). O Órgão Especial do Tribunal Gaúcho, por maioria e com grande divergência, acabou por concluir na mesma esteira, pela constitucionalidade do art. 1.790, diante da inexistência de igualdade plena entre união estável e casamento. Conforme consta de sua ementa, "a Constituição da República não equiparou a união estável ao casamento. Atento à distinção constitucional, o Código Civil dispensou tratamento diverso ao casamento e à união estável. Segundo o Código Civil, o companheiro não é herdeiro necessário. Aliás, nem todo cônjuge sobrevivente é herdeiro. O direito sucessório do companheiro está disciplinado no art. 1790 do CC, cujo inciso III não é inconstitucional. Trata-se de regra criada pelo legislador ordinário no exercício do poder constitucional de disciplina das relações jurídicas patrimoniais decorrentes de união estável. Eventual antinomia com o art. 1.725 do Código Civil não leva a sua inconstitucionalidade, devendo ser solvida à luz dos critérios de interpretação do conjunto das normas que regulam a união estável" (TJRS, Incidente 70029390374, Porto Alegre, Órgão Especial, Rel. Originário Des. Leo Lima (vencido), Rel. para o Acórdão Des. Maria Isabel de Azevedo Souza, j. 09.11.2009). No Tribunal de Justiça do Espírito Santo, o tema foi analisado pelo Tribunal Pleno, com o encerramento do julgamento em 15 de setembro de 2011, no Incidente de Inconstitucionalidade no Agravo de Instrumento 024099165979. Novamente, ficou-se muito longe da unanimidade, pelas visões discrepantes dos magistrados a respeito das entidades familiares. O relator originário, Des. Alemar Ferraz Moulin, votou pela inconstitucionalidade, concluindo ser o art. 1.790 do Código Civil um grande retrocesso, uma teratologia jurídica. Entretanto, acabou por ser vencido, pela prevalência do voto do Des. Adalto Dias Tristão, para quem, "a Constituição não equiparou união estável ao casamento e, admitindo-se a não equiparação, conclui-se que ao legislador ordinário é facultado tratar diferentemente os dois institutos. Normas regulatórias, embora diferenciadas, desde que orientadas pelo sentido de proteção à família, são, por certo, constitucionais. Também o é o artigo do Código Civil, porque não afrontou, ao meu sentir, o texto constitucional. Não houve, em termos de direito hereditário, arbitrariedade acerca do *status* sucessório do convivente supérstite; na verdade, o legislador tratou diferentemente situações distintas – casamento e união estável". Colaciona-se ainda julgado que concluiu pela inexistência de inconstitucionalidade no art. 1.790 pelo fato de o casamento estar em posição privilegiada em relação à união estável, premissa a qual não se filia: "União estável. Direito sucessório. Vantagens e desvantagens dos cônjuges e companheiros segundo a disciplina do novo Código Civil. Participação do cônjuge, em concorrência com os descendentes, na sucessão dos bens particulares do *de cujus* e sua exclusão da herança no que tange aos bens comuns, dos quais recebe apenas a meação que sempre lhe pertenceu situação exatamente inversa na sucessão do companheiro. Regra do artigo 1.790 do Código Civil que, entretanto, não se considera inconstitucional, pois, na comparação global dos direitos concedidos a uns e outros pelo novo Código Civil, a conclusão é a de que o cônjuge restou mais beneficiado, não havendo assim ofensa ao artigo 226, § 3.º, da Carta Magna. Reconhecimento, no presente processo, do direito da agravante de concorrer com a filha do falecido na partilha da meação ideal pertencente ao mesmo no imóvel adquirido onerosamente durante a união estável. Direito real de habitação também reconhecido à agravante, em face da regra do artigo 7.º, § único, da Lei n. 9.278/1996 não revogada pelo novo estatuto de direito privado. Recurso provido em parte" (TJSP, Agravo de Instrumento 589.196.4/4, Acórdão 3474069, Bragança Paulista, 2.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Morato de Andrade, j. 03.02.2009, *DJESP* 26.03.2009). Por derradeiro, pontue-se que, ao final do ano de 2011, o Órgão Especial do Tribunal Paulista acabou por concluir, pelos mesmos argumentos, pela inexistência de qualquer inconstitucionalidade no comando em destaque, como já havia feito o Tribunal Gaúcho (TJSP, Processo 0434423-72.2010.8.26.0000 (990.10.434423-9). Órgão Especial, Relator Corrêa Viana, j. 14.09.2011).

A variação dos entendimentos dos julgados demonstra o sistema caótico existente no Brasil quanto à sucessão legítima. A constatação é que a *Torre de Babel* não é apenas doutrinária, mas também jurisprudencial.

A encerrar o estudo da sucessão do companheiro, pende ainda um problema, que é aquele

relacionado à possibilidade de *concorrência sucessória entre o cônjuge e o companheiro*. Ora, o CC/2002 admite que o cônjuge separado de fato tenha união estável (art. 1.723, § 1.º, do CC). Então, imagine-se a situação, bem comum em nosso País, de um homem separado de fato que vive em união estável com outra mulher. Em caso de sua morte, quem irá suceder os seus bens? A esposa, com quem ainda mantém vínculo matrimonial, ou a companheira, com quem vive? O CC/2002 não traz solução a respeito dessa hipótese, variando a doutrina nas suas propostas. Vejamos algumas propostas interessantes:

- Euclides de Oliveira propõe que os bens sejam divididos de forma igualitária entre o cônjuge e o companheiro.[59]
- Conforme enunciado aprovado na *V Jornada de Direito Civil*, de autoria de Guilherme Calmon Nogueira da Gama, "Os arts. 1.723, § 1.º, 1.790, 1.829 e 1.830, do Código Civil, admitem a concorrência sucessória entre cônjuge e companheiro sobreviventes na sucessão legítima, quanto aos bens adquiridos onerosamente na união estável" (Enunciado n. 525).
- Para José Luiz Gavião de Almeida, o companheiro terá direito a um terço dos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, o que é aplicação do inc. III do art. 1.790 do CC. O restante dos bens deve ser destinado ao cônjuge.[60]
- Para Christiano Cassettari, a companheira deve receber toda a herança, eis que prevalece tal união quando da morte.[61]
- Conforme consta da obra escrita com José Fernando Simão, o entendimento do presente autor, *a priori*, é seguinte: considerando-se toda a orientaç ão jurisprudencial no sentido de que a separação de fato põe fim ao regime de bens, o patrimônio do falecido deve ser dividido em dois montes. O primeiro monte é composto pelos bens adquiridos na constância fática do casamento. Sobre tais bens, somente o cônjuge tem direito de herança. A segunda massa de bens é constituída pelos bens adquiridos durante a união estável. Quanto aos bens adquiridos onerosamente durante a união, a companheira terá direito à herança. Em relação aos bens adquiridos a outro título durante a união estável, o cônjuge terá direito à herança.[62] Deve ficar claro que a presente tese foi criada pelo coautor, a quem se atribui todos os créditos da criação. Tal entendimento deve prevalecer se aplicado o art. 1.830 do CC em sua integralidade e redação original. Todavia, se seguida a nova interpretação proposta para o art. 1.830 do CC, segundo a qual o cônjuge somente terá direito sucessório se não separado de fato, somente o companheiro terá direitos sucessórios, na esteira do que entende corrente anterior.

Encerrando o assunto, como bem aponta Zeno Veloso, "estamos longe de ter a completa elucidação do problema que, no momento presente, está impregnado de perplexidade, confusão. Só a jurisprudência, mansa e pacífica, dará a palavra final. E vale registrar a ponderação de Eduardo de Oliveira Leite (Comentários ao novo Código Civil; do direito das sucessões, cit., v. 21, p. 230) de que, nesta questão, não se pode cair no perigoso radicalismo dos excessos, do tipo 'tudo para o cônjuge, nada ao companheiro', ou vice-versa, evitando-se medidas extremas, quase sempre injustas".[63]

9.8.7 Do direito de representação

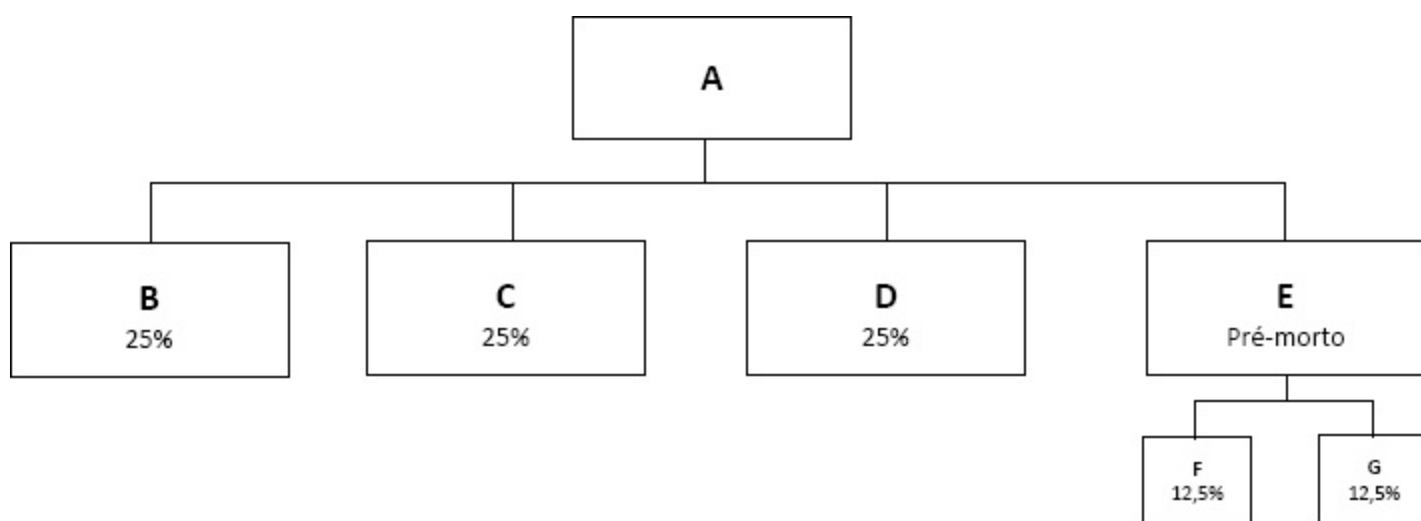
Conforme define a própria lei, dá-se o direito de representação quando a lei chama certos parentes do falecido a suceder em todos os direitos, em que ele sucederia, se vivo fosse (art. 1.851 do CC). Em suma, pelo direito de representação um herdeiro substitui outro por força de convocação

da lei. Em duas situações específicas a norma jurídica consagra o direito de representação:

– Representação na linha reta descendente (art. 1.852) – assim, para ilustrar, se o falecido deixar três filhos e dois netos, filhos de um outro filho premorto, os netos terão direito de representação. Deve ficar claro que *nunca há direito de representação na linha reta ascendente*. Por razões óbvias, também não há direito de representação entre cônjuges e companheiros, que sequer são parentes entre si.

– Representação na linha colateral ou transversal (art. 1.853) – existente *somente* em favor dos filhos de irmãos do falecido, quando com irmãos deste concorrerem. Exemplificando, se o falecido deixar dois irmãos vivos e um sobrinho, filho de outro irmão premorto, o sobrinho tem direito de representação. Deve ficar claro que o direito de representação não se estende aos sobrinhos-netos do falecido, mas somente quanto aos sobrinhos. Nessa linha decidiu recentemente o Superior Tribunal de Justiça, em decisão publicada no seu *Informativo* n. *485* que "A Turma negou provimento ao recurso com o entendimento de que, embora fosse o pai da recorrente sobrinho da inventariada, ele já havia falecido, e o direito de representação, na sucessão colateral, por expressa disposição legal, limita-se aos filhos dos irmãos, não se estendendo aos sobrinhos-netos, como é o caso da recorrente" (STJ, REsp. 1.064.363/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 11.10.2011).

Em todas as hipóteses, os representantes só podem herdar, como tais, o que herdaria o representado, se vivo fosse (art. 1.854 do CC). Desse modo, fica clara a existência de uma *substituição sucessória* nos mesmos direitos.

Regra fundamental, o quinhão do representado deve ser partilhado de forma igualitária entre os representantes (art. 1.855 do CC). Exemplificando, se o falecido A deixar três filhos B, C e D e dois netos F e G, filhos de E (premorto), o quinhão do último deve ser dividido igualmente entre seus sucessores, que têm direito de representação. Vejamos o esquema gráfico:

Por fim, trazendo interação entre a representação e a renúncia à herança, prescreve o art. 1.856 do CC que o renunciante à herança de uma pessoa poderá representá-la na sucessão de outra. Vale o exemplo de Maria Helena Diniz: "Se um dos filhos do *auctor sucessionis* renunciar à herança, seus descendentes, netos do finado, não herdarão por representação, pois o renunciante é tido como estranho à herança. Entretanto, o renunciante poderá representar o *de cujus* (seu pai) na sucessão de terceira pessoa (seu avô, p. ex., CC, art. 1.851), pois o repúdio não se estende a outra herança. O

filho, assim, herdará por direito de representação. Representará seu pai, na sucessão do avô, embora tenha repudiado a herança de seu genitor".[64]

9.9 DA SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

9.9.1 Conceito de testamento e suas características. Regras fundamentais sobr o instituto

O testamento representa, em sede de Direito das Sucessões, a principal forma de expressão e exercício da autonomia privada, como típico instituto *mortis causa*.[65] Além de constituir o cerne da modalidade *sucessão testamentária*, por ato de última vontade, o testamento também é a via adequada para outras manifestações da liberdade pessoal.

De toda sorte, a verdade é que no Brasil não há o costume de se elaborar testamentos, por vários fatores. De início, cite-se a falta de patrimônio para dispor, o que atinge muitos brasileiros. Além disso, há aquele tão conhecido *medo da morte*, o que faz com que as pessoas fujam dos mecanismos de *planejamento sucessório*. Por fim, muitos não fazem testamento por pensarem que a ordem de vocação hereditária prevista em lei é justa e correta.

O CC/2002, ao contrário do seu antecessor, não conceituou o testamento, o que era retirado do art. 1.626 do CC/1916: "Considera-se testamento o ato revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, dispõe, no todo ou em parte, do seu patrimônio, para depois da sua morte". Esse conceito anterior recebia críticas contundentes da doutrina, por ser uma construção falha e incompleta. Ressalta-se, nesse sentido de crítica, a menção apenas ao conteúdo patrimonial do testamento.

Pois bem, à doutrina sempre coube o trabalho de conceituar o instituto *testamento*. Vejamos algumas construções:

- Pontes de Miranda: "testamento (diz-se) é o ato pelo qual a vontade de um morto cria, transmite ou extingue direitos. Porque 'vontade de um morto cria', e não 'vontade de um vivo, para depois da morte'? Quando o testador quis, vivia. Os efeitos, sim, como serem dependentes da morte, somente começam a partir dali. Tanto é certo que se trata de *querer* de vivo, que direitos há (excepcionalíssimos, é certo), que podem partir do ato testamentário e serem realizados desde esse momento. Digamos, pois, que o *testamento é o ato pelo qual a vontade de alguém se declara para o caso de morte, com eficácia de reconhecer, criar, transmitir ou extinguir direitos*".[66]
- Da *Enciclopédia Saraiva de Direito*, em verbete de Francisco Amaral: "Testamento é ato solene em que se dispõe dos direitos para depois da morte. Destina-se o patrimônio ou fazem outras declarações de natureza pessoal".[67]
- Maria Helena Diniz conceitua o testamento como sendo o ato personalíssimo e revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, não só dispõe, para depois da sua morte, no todo ou em parte (CC, art. 1.857, *caput*), do seu patrimônio, mas também faz outras estipulações.[68]
- Zeno Veloso: "o testamento é um negócio jurídico principalmente patrimonial; tipicamente, no sentido tradicional e

> específico, é um ato de última vontade em que o testador faz disposições de bens, dá um destino ao seu patrimônio, nomeia herdeiros, institui legatários, e isso acontece, realmente, na grande maioria dos casos”.[69]

A partir de todos esses ensinamentos, o presente autor conceitua o testamento como *um negócio jurídico unilateral, personalíssimo e revogável pelo qual o testador faz disposições de caráter patrimonial ou extrapatrimonial, para depois de sua morte. Trata-se do ato sucessório de exercício da autonomia privada por excelência*.

Deve ficar claro que o testamento pode ter conteúdo não patrimonial, conforme se retira do art. 1.857, § 2.º, do CC/2002 (“São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado”). Ilustrando, por meio de um testamento é possível constituir uma fundação (art. 62 do CC) ou instituir bem de família convencional (art. 1.711 do CC).

Por meio do testamento, também é possível determinar a destinação de material genético para a reprodução assistida *post mortem*, surgindo a idade de *testamento genético*, conforme artigo de Jones Figueirêdo Alves publicado no site deste autor.[70] Cite-se, ainda, a possibilidade de elaboração de um testamento com a transmissão de valores aos herdeiros, denominado *testamento ético*: “o ‘Testamento Ético’ se presta a transmitir aos familiares valores éticos, morais, espirituais, de condutas, conselhos e experiências que possam ser objeto de reflexão àqueles que se destinam. É um documento onde se dá mais relevância aos valores morais que aos patrimoniais”.[71]

No que concerne ao conteúdo patrimonial, ressalte-se que, pelo § 1.º do art. 1.857, os bens da legítima (*bens legitimários*) não podem ser objeto de testamento.

Partindo para a análise de suas características, de início, nota-se que o testamento é um negócio jurídico por excelência. Ao lado do contrato, o instituto representa importante forma de manifestação da liberdade individual. Entretanto, a grande diferença entre os institutos está na natureza jurídica e na produção de efeitos, uma vez que o contrato é um ato jurídico *inter vivos*.

O testamento constitui um *negócio jurídico unilateral*, pois tem aperfeiçoamento com uma única manifestação de vontade: basta a vontade do declarante (testador) para que o negócio produza efeitos jurídicos. A aceitação ou renúncia dos bens deixados manifestada pelo beneficiário do testamento é irrelevante juridicamente. Discorre Pontes de Miranda sobre essa característica do testamento:

> “Trata-se de declaração *unilateral* de vontade, não receptícia (não existe qualquer aceitante ou recebedor da declaração de última vontade). Ninguém é comparte, ou destinatário. No testamento público ou no testamento cerrado, o tabelião recebe o que se lhe dita, sem participar do negócio jurídico em si: inscreve, quiçá escreva pelo testador. Mero instrumento, com funções acauteladoras. Tanto assim que poderia o disponente escrever o testamento particular: seria válido. A sombra que se vê, o outro polo da relação jurídica, é a mesma dos outros negócios jurídicos unilaterais, nos direitos reais, nas aquisições não consensuais da propriedade. A voz social, que obriga ao prometido, ou faculta a disposição, ou reconhece o nascer do direito de propriedade. Por isso mesmo, para ser válido o testamento, não é de mister que dele se saiba: opera os seus efeitos, à abertura da sucessão, ainda que os herdeiros e legatários nada saibam. Mas ainda: não é preciso, para sua

> perfeição, que faleça o testador, menos ainda que nas cláusulas consintam os beneficiados, o que importa é que o testador tenha capacidade para fazê-lo e o faça dentro da lei. Tanto ele independe da morte, ou de qualquer ato de outrem, que se lhe há de aplicar, e só se lhe pode exigir, a lei do tempo em que foi feito. Enlouqueça o testador, mude-se a legislação, nada importa: estava *perfeito* quando se fez”.[72]

O testamento é *negócio jurídico gratuito* ou *benévolo*, pois não existe vantagem para o autor da herança, ou seja, não há o sacrifício bilateral que identifica os negócios jurídicos onerosos. Desse modo, não há qualquer remuneração ou contraprestação para a aquisição dos bens ou direitos decorrentes de um testamento.

Sendo *negócio jurídico benévolo*, aplica-se o art. 114 do CC, com a notória interpretação restritiva. Portanto, *a contrario sensu*, o testamento não comporta interpretação extensiva. A ilustrar, conforme interessante acórdão do Tribunal de Minas Gerais, “as cláusulas testamentárias não comportam interpretação extensiva, mas, sim, restritiva, observando-se com fidelidade a vontade do testador. O fato de o testador consignar que a legítima seria partilhada em cotas iguais entre sua esposa e sua mãe, não implica na vontade conferir a esta última a parte disponível de seu patrimônio” (TJMG, Agravo de Instrumento 0053782-03.2006.8.13.0024, Belo Horizonte, 1.ª Câmara Cível, Rel. Des. Armando Freire, j. 18.05.2010, *DJEMG* 18.06.2010).

Trata-se de um negócio *mortis causa*, uma vez que somente produz efeitos após a morte do testador. Antes da morte, o testamento é ato ineficaz, o que não prejudica a sua validade, em regra. Constitui um negócio formal, pois a lei contém todas as formalidades necessárias à sua validade, particularmente quanto à modalidade assumida no caso concreto. Talvez o testamento, ao lado do casamento, seja o negócio jurídico que apresenta o maior número de formalidades, daqueles previstos na atual codificação privada. Faltando as formalidades ou havendo falhas, a sanção será a nulidade do testamento, nos termos do art. 166, IV e V, do CC.

O testamento é ato revogável, nos termos do art. 1.858 do CC/2002, pois o testador pode revogá-lo ou modificá-lo a qualquer momento. Há, assim, o que Pontes de Miranda conceitua como *revogabilidade essencial*.[73] Qualquer cláusula prevendo a irrevogabilidade será considerada nula e não produzirá efeitos jurídicos. Em contrapartida, é importante repisar a regra prevista no art. 1.610 do CC, pela qual o reconhecimento de filhos é sempre irrevogável, mesmo quando constante de testamento, que é, na essência, revogável.

Por fim, o testamento é ato personalíssimo por excelência. Isso porque ninguém poderá testar conjuntamente em um mesmo instrumento ou por procuração. Se mais de uma pessoa testar em um mesmo instrumento, o testamento é nulo, pela proibição expressa do *testamento conjuntivo*, prevista no art. 1.863 do CC.

Superadas as características fundamentais do testamento, enuncia o art. 1.857 do CC que toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois

de sua morte. Desse modo, o testamento exige a capacidade geral prevista para os atos e negócios jurídicos, retirada a Parte Geral do CC/2002. Sendo assim, desrespeitadas as regras correspondentes, aplica-se a teoria das nulidades constante do livro inaugural da codificação privada.

Partindo para os requisitos específicos de *capacidade testamentária ativa*, enuncia o art. 1.860 do CC que além dos incapazes, tratados pelos arts. 3.º e 4.º do CC, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento. Resumindo a matéria, Maria Helena Diniz cita como impedidos os menores de 16 anos e os desprovidos de discernimento, por estarem impedidos de emitir vontade livre (exemplos: pessoas com arteriosclerose, com mal de Alzheimer, com sonambulismo, com embriaguez completa e surdos-mudos que não puderem exprimir vontade, por não terem recebido a educação apropriada).[74] E arremata a jurista, lecionando que "Idade avançada, falência, analfabetismo (CC, art. 1.865), surdez (CC, art. 1.866), cegueira (CC, art. 1.867) e enfermidade grave não inibem o indivíduo de testar (RT, 736:236; JTJ, 194:169), pois já se decidiu que a 'incapacidade mental do testador não pode ser deduzida de sua saúde física' (RT, 563:75)".[75]

Ato contínuo, não se pode esquecer que o pródigo pode testar, uma vez que a sua interdição somente atinge os atos de alienação direta de bens, praticada em vida (art. 1.782 do CC). Em relação aos maiores de 16 anos, menores púberes, a lei é expressa ao admitir que façam testamento (art. 1.860, parágrafo único, do CC). Isso, sem a necessidade de qualquer assistência para o ato.

Ressalte-se que a incapacidade superveniente do testador, manifestada após a sua elaboração, não invalida o testamento (art. 1.861 do CC). Isso porque, quanto ao plano da validade, deve ser analisada a realidade existente quando da constituição do negócio. Além disso, pelo mesmo comando, o testamento do incapaz não se valida com a superveniência da capacidade. Nesse último caso, será necessário fazer um outro testamento.

A encerrar o estudo das regras fundamentais do testamento, cabe o estudo do polêmico art. 1.859 do CC, pelo qual "Extingue-se em cinco anos o direito de impugnar a validade do testamento, contado o prazo da data do seu registro". Não há dúvidas de que a norma se aplica aos casos de nulidade relativa ou anulabilidade do testamento, sendo regra especial que prevalece sobre os preceitos gerais de prazos para anulação do negócio jurídico, constantes da Parte Geral do CC/2002 (arts. 177 e 178). Resta saber se tal prazo decadencial de cinco anos também se aplica à nulidade absoluta ou à nulidade. Zeno Veloso encabeça a doutrina majoritária, que responde positivamente: "Como a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir: o prazo de caducidade se aplica tanto ao caso de nulidade quanto de anulabilidade. A invalidade é gênero, que comporta duas espécies (arts. 166 e 171), e não deve ser confundida com a revogação (arts. 1.969 a 1.972), a caducidade (art. 1.971) e o rompimento do testamento (art. 1.973 a 1.975)".[76]

Porém, com o devido respeito, este autor entende que, nos casos de nulidade absoluta, deve ser aplicado o art. 169 do CC, pelo qual a nulidade não convalesce pelo decurso do tempo. Assim

sendo, como decorrência lógica, a ação de nulidade do testamento não está sujeita à prescrição ou à decadência, conforme já concluiu a jurisprudência do Tribunal do Paraná ("Apelação cível. Ação de nulidade de ato jurídico. Testamento forjado. Falsidade da assinatura do testador e do tabelião. Nulidade inextinguível pela prescrição (CC/1916, art. 1.632). Provas suficientes. Fatos impeditivos e modificativos não demonstrados (CPC, art. 333, II). Apelo não acolhido. É absolutamente nulo e por isso imprescritível o testamento público no qual o testador não participou do ato, nem tampouco o tabelião que o teria lavrado. Sendo forjado, segundo a prova dos autos, não produz qualquer efeito (CC/1916, art. 1.632), pois a nulidade decorre de ofensa à predeterminação legal e configura sanção que, na ordem prática, priva o ato irregular de sua eficácia" (TJPR, Apelação Cível 0385159-8, São José dos Pinhais, 12.ª Câmara Cível, Rel. Des. Ivan Bortoleto, *DJPR* 26.09.2008, p. 169).

9.9.2 Das modalidades ordinárias de testamento

O testamento admite formas ordinárias e especiais, conforme o tratamento da atual codificação privada. De acordo com o art. 1.862, são testamentos ordinários:

I) O testamento público.
II) O testamento cerrado.
III) O testamento particular.

Em todas as hipóteses a lei proíbe o *testamento comum ou conjuntivo*, seja ele *simultâneo*, *recíproco* ou *correspectivo*. Isso, sob pena de *nulidade virtual*, pois a norma proíbe a prática do ato sem cominar sanção (arts. 1.863 e 166, VII, do CC). Vejamos tais conceitos:

– Testamento comum, conjuntivo ou de mão comum – constitui gênero, sendo aquele celebrado por duas ou mais pessoas, que fazem um único testamento.
– Testamento simultâneo – dois testadores, no mesmo negócio, beneficiam terceira pessoa.
– Testamento recíproco – realizado por duas pessoas que se beneficiam reciprocamente, no mesmo ato.
– Testamento correspectivo – os testadores fazem em um mesmo instrumento disposições de retribuição um ao outro, na mesma proporção.

Vistas tais proibições, passa-se à abordagem específica das modalidades ordinárias de testamento.

9.9.2.1 *Do testamento público*

O testamento público é aquele que traz maior segurança para as partes envolvidas, pois lavrado pelo tabelião de notas ou por seu substituto, que recebe as declarações do testador ou autor da herança. Nos termos do art. 1.864 do CC, são seus requisitos essenciais, sob pena de nulidade:

I) Ser o testamento escrito por tabelião ou por seu substituto legal em seu livro de notas, de acordo com as declarações do testador, podendo este servir-se de minuta, notas ou apontamentos.

II) Ser lavrado o instrumento, ser lido em voz alta pelo tabelião ao testador e *a duas testemunhas*, a um só tempo; ou pelo testador, se o quiser, na presença destas e do oficial.

III) Ser o instrumento, em seguida à leitura, assinado pelo testador, pelas testemunhas e pelo tabelião.

Em complemento, dispõe o parágrafo único do dispositivo que testamento público pode ser escrito manualmente ou mecanicamente (*v.g.*, por máquina de escrever ou por computador), bem como ser feito pela inserção da declaração de vontade em partes impressas de livro de notas, desde que rubricadas todas as páginas pelo testador, se mais de uma.

Anote-se que a jurisprudência superior tem mitigado a observância dos requisitos formais do testamento público. Ilustrando, vejamos julgado publicado no *Informativo* n. *435 do STJ*, que se refere a fatos ocorridos na vigência do CC/1916, o que justifica a menção a cinco e não a duas testemunhas:

> "Busca-se, no recurso, a nulidade de testamento, aduzindo o ora recorrente que a escritura não foi lavrada pelo oficial de cartório, mas por terceiro, bem como que as cinco testemunhas não acompanharam integralmente o ato. O tribunal *a quo* afirmou que não foi o tabelião que lavrou o testamento, mas isso foi feito sob sua supervisão, pois ali se encontrava, tendo, inclusive, lido e subscrito o ato na presença das cinco testemunhas. Ressaltou, ainda, que, diante da realidade dos tabelionatos, não se pode exigir que o próprio titular, em todos os casos, escreva, datilografe ou digite as palavras ditadas ou declaradas pelo testador. Daí, não há que declarar nulo o testamento que não foi lavrado pelo titular da serventia, mas possui os requisitos mínimos de segurança, de autenticidade e de fidelidade. Quanto à questão de as cinco testemunhas não terem acompanhado integralmente a lavratura de testamento, o TJ afirmou que quatro se faziam presentes e cinco ouviram a leitura integral dos últimos desejos da testadora, feita pelo titular da serventia. Assim, a Turma não conheceu do recurso por entender que o vício formal somente invalidará o ato quando comprometer sua essência, qual seja, a livre manifestação da vontade da testadora, sob pena de prestigiar a literalidade em detrimento da outorga legal à disponibilização patrimonial pelo seu titular. Não havendo fraude ou incoerência nas disposições de última vontade e não evidenciada incapacidade mental da testadora, não há falar em nulidade no caso. Precedente citado: REsp 302.767-PR, DJ 24/9/2001" (STJ, REsp 600.746/PR, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 20.05.2010).

O julgado é louvável, pois a tendência contemporânea é que o material prevaleça sobre o formal; que o concreto prevaleça sobre as ficções jurídicas. Tal constatação tem relação direta com o *princípio da operabilidade*, adotado pela codificação de 2002, que busca um Direito Privado real e efetivo (a *concretude realeana*).

Superado tal aspecto, se o testador não souber, ou não puder assinar, o tabelião ou seu substituto legal assim o declarará, assinando, neste caso, pelo testador, e, a seu rogo (pedido), uma das

testemunhas instrumentárias (art. 1.865 do CC). Assim, confirma-se a tese pela qual a pessoa analfabeta pode testar. Mas não é só, pois nos termos do art. 1.866 do CC o indivíduo inteiramente surdo, sabendo ler, poderá testar. Em casos tais, lerá o seu testamento, e, se não o souber, designará quem o leia em seu lugar, presentes as testemunhas.

Também ao cego só se permite o testamento público (art. 1.867 do CC). O testamento lhe será lido, em voz alta, duas vezes, uma pelo tabelião ou por seu substituto legal, e a outra por uma das testemunhas, designada pelo testador, fazendo-se de tudo circunstanciada menção no testamento.

Ocorrendo o falecimento do testador, enuncia o art. 1.128 do CPC que quando o testamento for público, qualquer interessado, exibindo-lhe o traslado ou certidão, poderá requerer ao juiz que ordene o seu cumprimento. O juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer interessado, ordenará ao detentor de testamento que o exiba em juízo para os fins legais, se ele, após a morte do testador, não tiver se antecipado em fazê-lo (art. 1.129 do CPC).

Finalizando o estudo da matéria, deve ficar claro, conforme já destacado em obra anteriormente escrita com José Fernando Simão, que apesar do nome *público*, tal testamento não deveria ser deixado à disposição de todos para consulta, uma vez que somente produz efeitos após a morte do testador. Conforme ali se mencionou, o conceito de publicidade não significa amplo acesso a toda e qualquer pessoa.[77]

Acrescentem-se as palavras de Zeno Veloso: "Deve-se evitar que terceiros tenham acesso livre ao testamento, que se trata de um ato que, embora válido desde a data de sua confecção, só terá eficácia após a morte do testador. Não é razoável, pois, só porque é chamado de 'público', que fique aberto, exposto, permitindo-se que qualquer pessoa tenha prévio conhecimento".[78] Seguindo proposta do último jurista, anote-se que pelo Projeto de Lei 699/2011 há proposta de se incluir um § 2.º no art. 1.864 do CC, com a seguinte redação: "A certidão do testamento público, enquanto vivo o testador, só poderá ser fornecida a requerimento deste ou por ordem judicial".

9.9.2.2 *Do testamento cerrado*

Denominado como *testamento místico*, pois não se sabe qual o seu conteúdo, que permanece em segredo até a morte do testador. Trata-se de instituto sem grande aplicação no presente, tendo pouca operabilidade na prática sucessionista. O fato de não se saber o conteúdo gera vantagens e desvantagens. Como desvantagem, se a integralidade do documento for atingida de alguma forma (ex.: por uma enchente ou água de chuva), o testamento pode não gerar efeitos.

Nos termos do art. 1.868 do CC, o testamento cerrado escrito pelo testador, ou por outra pessoa, a seu rogo (pedido), e por aquele assinado, será válido se aprovado pelo tabelião ou seu substituto legal, observadas as seguintes formalidades:

> "I) Que o testador o entregue ao tabelião em presença de duas testemunhas.
>
> II) Que o testador declare que aquele é o seu testamento e quer que seja aprovado.
>
> III) Que o tabelião lavre, desde logo, o auto de aprovação, na presença de duas testemunhas, e o leia, em seguida, ao testador e testemunhas.
>
> IV) Que o auto de aprovação seja assinado pelo tabelião, pelas testemunhas e pelo testador."

Ato contínuo, prescreve o parágrafo único do dispositivo que o testamento cerrado pode ser escrito mecanicamente, desde que seu subscritor numere e autentique, com a sua assinatura, todas as páginas.

O tabelião deve começar o auto de aprovação imediatamente depois da última palavra do testador, declarando, sob sua fé, que o testador lhe entregou para ser aprovado na presença das testemunhas. Após isso, o tabelião passa a cerrar e a coser o instrumento aprovado, com *cinco pontos de retrós*, como é costume, sendo o testamento lacrado nos pontos de costura (art. 1.869, *caput*, do CC). Se não houver espaço na última folha do testamento, para início da aprovação, o tabelião colocará nele o seu sinal público, mencionando a circunstância no auto (art. 1.869, parágrafo único, do CC).

Consigne-se que assim como ocorre com o testamento público, a jurisprudência superior tem mitigado as exigências formais para o testamento cerrado. Nessa linha: "Testamento cerrado. Auto de aprovação. Falta de assinatura do testador. Inexistindo qualquer impugnação à manifestação da vontade, com a efetiva entrega do documento ao oficial, tudo confirmado na presença das testemunhas numerárias, a falta de assinatura do testador no auto de aprovação é irregularidade insuficiente para, na espécie, causar a invalidade do ato. Art. 1.638 do CCivil. Recurso não conhecido" (STJ, REsp 223.799/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4.ª Turma, j. 18.11.1999, *DJ* 17.12.1999, p. 379).

Ademais, no que concerne a aspectos formais, concluiu recentemente a jurisprudência do STJ que é válido o testamento cerrado elaborado por testadora com grave deficiência visual. A conclusão foi no sentido de que deve prevalecer respeito à vontade real do testador. Vejamos a ementa da decisão:

> "Ação de anulação de testamento cerrado. Inobservância de formalidades legais. Incapacidade da autora. Quebra do sigilo. Captação da vontade. Presença simultânea das testemunhas. Reexame de prova. Súmula 7/STJ. 1. Em matéria testamentária, a interpretação deve ser voltada no sentido da prevalência da manifestação de vontade do testador, orientando, inclusive, o magistrado quanto à aplicação do sistema de nulidades, que apenas não poderá ser mitigado, diante da existência de fato concreto, passível de colocar em dúvida a própria faculdade que tem o testador de livremente dispor acerca de seus bens, o que não se faz presente nos autos. 2. O acórdão recorrido, forte na análise do acervo fático-probatório dos autos, afastou as alegações da incapacidade física e mental da testadora; de captação de sua vontade; de quebra do sigilo do testamento, e da não simultaneidade das testemunhas ao ato de assinatura do termo de encerramento. 3. A questão da nulidade do testamento pela não observância dos requisitos legais à sua validade, no caso, não prescinde do reexame do acervo fático-probatório carreado ao processo, o que é vedado em âmbito de especial, em consonância com o

enunciado 7 da Súmula desta Corte. 4. Recurso especial a que se nega provimento" (STJ, REsp 1.001.674/SC, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3.ª Turma, j. 05.10.2010, *DJe* 15.10.2010).

Se o tabelião tiver escrito o testamento a pedido do testador, poderá, não obstante, aprová-lo (art. 1.870 do CC). O testamento cerrado pode ser escrito em língua nacional ou estrangeira, pelo próprio testador, ou por outrem, a seu pedido (art. 1.871 do CC).

Por razões óbvias, não pode dispor de seus bens em testamento cerrado quem não saiba ou não possa ler, caso do analfabeto (art. 1.872 do CC). Porém, pode fazer testamento cerrado o surdo-mudo, contanto que o escreva todo, e o assine de sua mão, e que, ao entregá-lo ao oficial público, ante as duas testemunhas, escreva, na face externa do papel ou do envoltório, que aquele é o seu testamento, cuja aprovação lhe pede (art. 1.873 do CC).

Depois de aprovado e cerrado, será o testamento entregue ao testador, e o tabelião lançará, no seu livro, nota do lugar, dia, mês e ano em que o testamento foi aprovado e entregue (art. 1.874 do CC). Ocorrendo o falecimento do testador ou autor da herança, o testamento cerrado será apresentado ao juiz, que o abrirá e o fará registrar, ordenando que seja cumprido, se não achar vício externo que o torne eivado de nulidade ou suspeito de falsidade (art. 1.875 do CC).

A respeito da abertura judicial do testamento cerrado, preceitua o art. 1.125 do CPC que ao receber testamento cerrado, o juiz, após verificar se está intacto, o abrirá e mandará que o escrivão o leia em presença de quem o entregou. Lavrar-se-á em seguida o ato de abertura que, rubricado pelo juiz e assinado pelo apresentante, mencionará: *a)* a data e o lugar em que o testamento foi aberto; *b)* o nome do apresentante e como houve ele o testamento; *c)* a data e o lugar do falecimento do testador; *d)* qualquer circunstância digna de nota, encontrada no invólucro ou no interior do testamento.

Conclusos os autos, o juiz, ouvido o órgão do Ministério Público, mandará registrar, arquivar e cumprir o testamento, se lhe não achar vício externo, que o torne suspeito de nulidade ou falsidade (art. 1.126, *caput*, do CPC). O testamento será registrado e arquivado no cartório a que tocar, dele remetendo o escrivão uma cópia, no prazo de oito dias, à repartição fiscal (art. 1.126, parágrafo único, do CPC).

Feito o registro, o escrivão intimará o testamenteiro nomeado a assinar, no prazo de cinco dias, o termo da testamentaria. Não havendo testamenteiro nomeado, se estiver ele ausente ou não aceitar o encargo, o escrivão certificará a ocorrência e fará os autos conclusos, caso em que o juiz nomeará testamenteiro dativo, observando-se a preferência legal (art. 1.127 do CPC).

9.9.2.3 *Do testamento particular*

Chamado de *testamento hológrafo*, uma vez que escrito pelo próprio testador, sem maiores formalidades. De toda sorte, apesar de ser a forma mais fácil de ser concretizada, a modalidade

particular não tem a mesma segurança do testamento público. De acordo com o art. 1.876, *caput*, do CC, o testamento particular pode ser escrito de próprio punho ou mediante processo mecânico (exemplos: máquina de escrever ou por computador). Se escrito de próprio punho, são requisitos essenciais à sua validade que seja lido e assinado por quem o escreveu, na presença de *pelo menos três testemunhas*, que o devem subscrever (§ 1.º). Se elaborado por processo mecânico, não pode conter rasuras ou espaços em branco, devendo ser assinado pelo testador, depois de tê-lo lido na presença de *pelo menos três testemunhas*, que o subscreverão (§ 2.º).

Mais uma vez, não se olvide que a jurisprudência superior mitiga os requisitos formais do testamento particular. Ilustrando:

> "Civil e Processual Civil. Testamento particular. Assinado por quatro testemunhas e confirmado em audiência por três delas. Validade do ato. Interpretação consentânea com a doutrina e com o novo Código Civil, artigo 1.876, §§ 1.º e 2.º. Recurso especial conhecido e provido. 1. Testamento particular. Artigo 1.645, II do CPC. Interpretação: Ainda que seja imprescindível o cumprimento das formalidades legais a fim de preservar a segurança, a veracidade e legitimidade do ato praticado, deve se interpretar o texto legal com vistas à finalidade por ele colimada. Na hipótese vertente, o testamento particular foi digitado e assinado por quatro testemunhas, das quais três o confirmaram em audiência de instrução e julgamento. Não há, pois, motivo para tê-lo por inválido. 2. Interpretação consentânea com a doutrina e com o novo Código Civil, artigo 1.876, §§ 1.º e 2.º. A leitura dos preceitos insertos nos artigos 1.133 do CPC e 1.648 CC/1916 deve conduzir a uma exegese mais flexível do artigo 1.645 do CC/1916, confirmada inclusive, pelo novo Código Civil cujo artigo 1.876, §§ 1.º e 2.º, dispõe: 'o testamento, ato de disposição de última vontade, não pode ser invalidado sob alegativa de preterição de formalidade essencial, pois não pairam dúvidas que o documento foi firmado pela testadora de forma consciente e no uso pleno de sua capacidade mental'. Precedentes deste STJ. 3. Recurso especial conhecido e provido" (STJ, REsp 701.917/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4.ª Turma, j. 02.02.2010, *DJe* 01.03.2010).

> "Recurso Especial. Testamento particular. Validade. Abrandamento do rigor formal. Reconhecimento pelas instâncias de origem da manifestação livre de vontade do testador e de sua capacidade mental. Reapreciação probatória. Inadmissibilidade. Súmula 7/STJ. I – A reapreciação das provas que nortearam o acórdão hostilizado é vedada nesta Corte, à luz do enunciado 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. II – Não há falar em nulidade do ato de disposição de última vontade (testamento particular), apontando-se preterição de formalidade essencial (leitura do testamento perante as três testemunhas), quando as provas dos autos confirmam, de forma inequívoca, que o documento foi firmado pelo próprio testador, por livre e espontânea vontade, e por três testemunhas idôneas, não pairando qualquer dúvida quanto à capacidade mental do *de cujus*, no momento do ato. O rigor formal deve ceder ante a necessidade de se atender à finalidade do ato, regularmente praticado pelo testador. Recurso especial não conhecido, com ressalva quanto à terminologia" (STJ, REsp 828.616/MG, Rel. Min. Castro Filho, 3.ª Turma, j. 05.09.2006, *DJ* 23.10.2006, p. 313).

Morto o testador, publicar-se-á em juízo o testamento particular, com citação dos herdeiros legítimos (art. 1.877 do CC). Leciona Zeno Veloso que, com tal publicação em juízo, tem início a fase de execução ou de eficácia do testamento hológrafo, presente uma *confirmação judicial*.[79] Especificando o procedimento de confirmação, expressa o art. 1.130 do CPC que o herdeiro, o legatário ou o testamenteiro poderá requerer, depois da morte do testador, a publicação em juízo do testamento particular, inquirindo-se as testemunhas que lhe ouviram a leitura e, depois disso, o assinaram. A petição inicial será instruída com a cédula do testamento particular.

Prevê o art. 1.131 do CPC, ainda, sobre o processo de confirmação judicial do testamento particular, que serão intimados para a inquirição: *a)* aqueles a quem caberia a sucessão legítima; *b)* o testamenteiro, os herdeiros e os legatários que não tiverem requerido a publicação; *c)* o Ministério Público. Em todos os casos, as pessoas, que não forem encontradas na comarca, serão intimadas por edital.

Nesse processo judicial, se as testemunhas forem contestes (estiverem de acordo) sobre o fato da disposição, ou, ao menos, sobre a sua leitura perante elas, e se reconhecerem as próprias assinaturas, assim como a do testador, o testamento será confirmado pelo juiz, após oitiva do Ministério Público (art. 1.878, *caput*, do CC e art. 1.133 do CPC). Por outra via, se faltarem testemunhas, por morte ou ausência, e se pelo menos uma delas o reconhecer, o testamento poderá ser confirmado. Isso, se, a critério do juiz, houver prova suficiente de sua veracidade (art. 1.878, parágrafo único, do CC).

Em circunstâncias excepcionais declaradas na cédula testamentária, o testamento particular de próprio punho e assinado pelo testador, sem testemunhas, poderá ser confirmado, a critério do juiz (art. 1.879 do CC). Trata-se do chamado *testamento de emergência*, que constitui uma forma simplificada de testamento particular, conforme aponta Maria Helena Diniz, citando a jurista as seguintes hipóteses de sua viabilização jurídica: *a)* situação anormal: incêndio, sequestro, desastre, internação em UTI, revolução, calamidade pública; *b)* situação em que é impossível a intervenção de testemunhas para o ato.[80]

Encerrando o tratamento da matéria, o art. 1.880 do CC enuncia que o testamento particular pode ser escrito em língua estrangeira, contanto que as testemunhas a compreendam.

9.9.3 Das modalidades especiais de testamento

São modalidades de testamentos especiais (art. 1.886):

I) O testamento marítimo.
II) O testamento aeronáutico.
III) O testamento militar.

Tal relação encerra rol taxativo (*numerus clausus*) e não exemplificativo (*numerus apertus*). Nesse sentido é claro o art. 1.887 do CC, pelo qual “Não se admitem outros testamentos especiais além dos contemplados neste Código”. Na verdade, tais formas especiais quase ou nenhuma aplicação prática têm, até porque encerram tipos bem específicos, de difícil concreção no mundo real. Vejamos, de forma pontual.

9.9.3.1 *Do testamento marítimo e do testamento aeronáutico*

Ao tratar do *testamento marítimo*, preconiza o art. 1.888 do CC que aquele que estiver em viagem, a bordo de navio nacional, de guerra ou mercante, pode testar perante o comandante, em presença de duas testemunhas, por forma que corresponda ao testamento público ou ao cerrado. O registro do testamento será feito no diário de bordo.

Por outra via, o *testamento aeronáutico* consta do art. 1.889 do CC, pelo qual quem estiver em viagem, a bordo de aeronave militar ou comercial, pode testar perante pessoa designada pelo comandante, nos termos do artigo anterior, ou seja, perante duas testemunhas e por forma que corresponda ao testamento público ou cerrado. Do mesmo modo, o testamento aeronáutico deve ser registrado no diário de bordo.

Tanto o testamento marítimo quanto o aeronáutico ficarão sob a guarda do comandante, que o entregará às autoridades administrativas do primeiro porto ou aeroporto nacional, contra recibo averbado no diário de bordo (art. 1.890 do CC).

Caducará o testamento marítimo, ou aeronáutico, se o testador não morrer na viagem, nem nos 90 dias subsequentes ao seu desembarque em terra, onde possa fazer, na forma ordinária, outro testamento (art. 1.891 do CC). Sobre a última norma, como bem aponta Zeno Veloso, as modalidades ordinárias de testamento não estão sujeitas à prescrição ou à decadência, ao contrário das modalidades especiais. Assim, leciona que os testamentos especiais podem perder a eficácia (caducam pela decadência) se o testador não morrer na circunstância que o justificou ou se decorrer certo tempo, quando supostamente poderia ser elaborado testamento pela modalidade ordinária.[81] Pela última justificativa é que o art. 1.892 do CC enuncia que não valerá o testamento marítimo, ainda que feito no curso de uma viagem, se, ao tempo em que se fez, o navio estava em porto onde o testador pudesse desembarcar e testar na forma ordinária.

9.9.3.2 *Do testamento militar*

O art. 1.893 do CC admite testamento feito por militares e demais pessoas a serviço das Forças Armadas em campanha, dentro do País ou fora dele, assim como em praça sitiada, ou que esteja de comunicações interrompidas. Tal *testamento militar* poderá ser feito, não havendo tabelião ou seu substituto legal, ante duas testemunhas. Se o testador não puder ou não souber assinar, o número de testemunhas aumenta para três, hipótese em que assinará pelo testador uma das testemunhas. Nem precisa dizer que tal forma não tem nenhuma aplicação concreta, pois são bem conhecidas nossas tradições militares para a guerra.

Se o testador pertencer a corpo ou seção de corpo destacado, o testamento será escrito pelo respectivo comandante, ainda que de graduação ou posto inferior (art. 1.893, § 1.º, do CC). Se o

testador estiver em tratamento em hospital, o testamento será escrito pelo respectivo oficial de saúde, ou pelo diretor do estabelecimento (art. 1.893, § 2.º, do CC). Se o testador for o oficial mais graduado, o testamento será escrito por aquele que o substituir (art. 1.893, § 3.º, do CC).

Se o testador souber escrever, poderá fazer o testamento de seu punho, contanto que o date e assine por extenso, e o apresente aberto ou cerrado, na presença de *duas testemunhas* ao auditor, ou ao oficial de patente, que lhe faça as vezes neste mister (art. 1.894, *caput*, do CC). O auditor, ou o oficial a quem o testamento se apresente, notará, em qualquer parte dele, lugar, dia, mês e ano, em que lhe for apresentado, nota esta que será assinada por ele e pelas testemunhas (art. 1.894, parágrafo único, do CC).

Assim como ocorre com as outras modalidades especiais, caduca o testamento militar, desde que, depois dele, o testador esteja, 90 dias seguidos, em lugar onde possa testar na forma ordinária. Isso, salvo se esse testamento apresentar as solenidades prescritas no parágrafo único do artigo antecedente (art. 1.895 do CC).

Os militares, estando empenhadas em combate, ou feridas, podem testar oralmente, confiando a sua última vontade a duas testemunhas (art. 1.896, *caput*, do CC). Trata-se do *testamento militar nuncupativo*, feito a viva voz. Não terá efeito tal modalidade de testamento se o testador não morrer na guerra ou convalescer do ferimento (art. 1.896, parágrafo único, do CC).

9.9.4 Do codicilo

O codicilo ou *pequeno escrito* constitui uma disposição testamentária de pequena monta ou extensão. Conforme consta de obra escrita em coautoria com José Fernando Simão, trata-se de ato de última vontade simplificado, para o qual a lei não exige tanta solenidade em razão de ser o seu objeto considerado de menor importância para o falecido e para os herdeiros.[82]

Dispõe o art. 1.881 do CC que toda pessoa capaz de testar poderá, mediante escrito particular seu, datado e assinado, fazer disposições especiais sobre o seu enterro, sobre esmolas de pouca monta a certas e determinadas pessoas, ou, indeterminadamente, aos pobres de certo lugar, assim como legar móveis, roupas ou joias, de pouco valor, de seu uso pessoal. Além desse conteúdo, é possível nomear ou substituir testamenteiros por meio de codicilo, conforme consta do art. 1.883 do CC. É possível ainda fazer disposição sobre sufrágios da alma, como para celebração de uma missa ou culto em nome do falecido (art. 1.998). Por fim, por meio de codicilo, é viável fazer o perdão do herdeiro indigno (art. 1.818 do CC).

Deve ficar claro que a análise do que sejam bens de pequeno valor no conteúdo codicilar deve ser feita caso a caso, de acordo com o montante dos bens do espólio. Em suma, os critérios não são absolutos, mas relativos. Nesse sentido, da jurisprudência mineira mais remota:

> "Codicilo. 'Donativo de pequeno valor'. Relatividade. Na falta de um critério legal para se aferir o 'pequeno valor' da doação, será este considerado em relação ao montante dos bens do espólio, além de dever-se respeitar a última vontade do doador, máxime não havendo herdeiro necessário" (TJMG, Apelação Cível 1.0000.00.160919-7/000, Belo Horizonte, 1.ª Câmara Cível, Rel. Des. Orlando Adão Carvalho, j. 14.12.1999, *DJMG* 17.12.1999).

Os atos descritos, salvo direito de terceiro, valerão como codicilos, deixe ou não testamento o autor (art. 1.882 do CC). Assim, é perfeitamente possível a coexistência de um testamento e um codicilo, desde que os seus objetos não coincidam. Dessa forma concluindo: "Direito das sucessões. Testamento público e codicilo simultâneos. Possibilidade. Não inquina de nulidade o codicilo a superveniência de testamento, mormente se este dispõe sobre bens diversos daquele, que, por sua vez, limitou-se a dispor acerca de joias e dólares. Deram provimento. Unânime" (TJRS, Agravo de Instrumento 70008859803, Porto Alegre, 7.ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 30.06.2004).

No codicilo a vontade do testador deve estar clara, sendo certo que meras anotações esparsas feitas em vida pelo falecido podem não gerar a interpretação que se deseja. Nesse sentido, serve para elucidar o seguinte julgado do Tribunal Paulista:

> "Codicilo. Escritos esparsos do *de cujus*, sem especificação de que seus bens passassem para a autora, não equivalem a codicilo. Neste, teria que ficar nítida, como no caso do veículo, a vontade de que certos e determinados bens de pequeno valor, seriam da autora, após seu óbito. Recurso não provido" (TJSP, Apelação Cível 253.609-4, São Bernardo do Campo, 3.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Alfredo Migliore, j. 26.11.2002).

Os atos praticados por meio de codicilo revogam-se por atos iguais, e consideram-se revogados, se, havendo testamento posterior, de qualquer natureza, este não confirmá-los ou modificá-los (art. 1.884 do CC). Em suma, a *revogabilidade essencial* do mesmo modo atinge o codicilo, pela sua natureza de *testamento menor*.

Por fim, determina o art. 1.885 do CC que se o codicilo estiver fechado, será aberto do mesmo modo que o testamento cerrado, inclusive quanto aos requisitos de abertura judicial, antes estudados.

9.9.5 Das disposições testamentárias

Como visto, o testamento constitui um negócio jurídico diferenciado, com regras específicas em livro próprio da codificação privada. Sendo assim, o testamento possui preceitos próprios a respeito do seu conteúdo e da sua interpretação no CC/2002. Vejamos tais regras, de forma destacada:

1.ª Regra – A nomeação de herdeiro (a título universal) ou legatário (a título singular) pode fazer-se pura e simplesmente, sob condição, para certo fim ou modo, ou por certo motivo (art. 1.897 do CC). Dessa forma, o ato pode ser *puro* ou *simples*, sem qualquer elemento acidental. Pode ser *condicional*, com eficácia dependente de evento futuro e incerto. Pode ainda estar

relacionado a modo ou encargo, que é um ônus introduzido no ato de liberalidade. Há ainda a possibilidade de relacionar o testamento a determinado motivo, que constitui uma razão de feição subjetiva (exemplo: "faço o testamento a favor de meu filho João por ser ele mais trabalhador do que os meus outros filhos"). Em relação à possibilidade de se inserir um termo (evento futuro e certo) no testamento, a proibição é clara no art. 1.898, pelo qual a designação do tempo em que deva começar ou cessar o direito do herdeiro, salvo nas disposições fideicomissárias, ter-se-á por não escrita. Em suma, nota-se que o termo é considerado ineficaz quando inserido no testamento.

2.ª Regra – Como importante norte interpretativo, enuncia o art. 1.899 do CC que quando a cláusula testamentária for suscetível de interpretações diferentes, prevalecerá a que melhor assegure a observância da vontade do testador. A menção à vontade do testador guia a prevalência do aspecto subjetivista, como bem aponta Zeno Veloso, na esteira do que consta do art. 112 do CC ("Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem").[83] Trazendo aplicação da norma, exemplifica-se com decisão do Tribunal Mineiro: "Testamento. Quinhão. Vontade do testador. Na interpretação de cláusula testamentária, deve-se buscar a vontade do testador, a teor do art. 1.899, do NCC. Se o testador quis conferir ao legatário determinada parte de um imóvel rural, onde fica a sede da Fazenda, não importa tal benesse em lhe contemplar com todo o imóvel, ou com maior quinhão que os demais herdeiros" (TJMG, Agravo 1.0123.02.002867-6/001, Capelinha, 7.ª Câmara Cível, Rel. Des. Edivaldo George dos Santos, j. 17.02.2004, *DJMG* 01.04.2004).

3.ª Regra – Norma proibitiva relevante é o art. 1.900 do CC que consagra a nulidade absoluta de determinadas disposições. De início, prevê que é nula a disposição que institua herdeiro ou legatário sob a *condição captatória* de que este disponha, também por testamento, em benefício do testador, ou de terceiro (art. 1.900, I). Como consta de outra obra, escrita com José Fernando Simão e com citação de Clóvis Beviláqua, *condição captatória* é aquela em que a vontade do morto não é externada de forma livre, quer seja porque houve dolo quer porque houve pacto sucessório proibido pelo art. 426 do CC.[84] Também é nula a disposição testamentária que se refira a pessoa incerta, cuja identidade não se possa averiguar (art. 1.900, II). É nula ainda a disposição testamentária que favoreça a pessoa incerta, atribuindo a determinação de sua identidade a terceiro (art. 1.900, III). Ora, nos dois casos a proibição tem sua razão de ser, pois o beneficiado pela herança testada deve ser pessoa determinada ou determinável, não se admitindo a *absoluta indeterminação subjetiva*. Do mesmo modo, é nula a disposição que deixe a arbítrio do herdeiro, ou de outrem, fixar o valor do legado, atribuição que cabe ao testador (art. 1.900, IV). Por fim, conforme o último inciso do dispositivo, é nula a disposição testamentária que favoreça as pessoas a que se referem os arts. 1.801 e 1.802 (a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus descendentes e irmãos; as testemunhas do testamento; o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos; o tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão perante quem se fizer o testamento, assim como o que fizer ou aprovar o testamento; pessoas não legitimadas a suceder, ainda quando simuladas sob a forma de contrato oneroso, ou feitas mediante interposta pessoa). Na última previsão (art. 1.900, V, do CC), visa-se a manter a idoneidade e a moralidade testamentária.

4.ª Regra – O art. 1.901 do CC é norma permissiva a respeito de disposições testamentárias. De início, é válida a disposição em favor de pessoa incerta que deva ser determinada por terceiro, dentre duas ou mais pessoas mencionadas pelo testador, ou pertencentes a uma família, ou a um corpo coletivo, ou a um estabelecimento por ele designado. Como se vê, é possível que o beneficiado pelo testamento seja determinável, desde que haja uma especificação inicial mínima. O que não se admite, como se viu, é a indeterminação subjetiva absoluta. Ato contínuo, é válida a disposição testamentária em remuneração de serviços prestados ao testador, por ocasião da moléstia de que faleceu, ainda que fique ao arbítrio do herdeiro ou de outrem determinar o valor do legado.

5.ª Regra – A disposição geral em favor dos pobres, dos estabelecimentos particulares de caridade, ou dos de assistência pública, entender-se-á relativa aos pobres do lugar do domicílio do testador ao tempo de sua morte, ou dos estabelecimentos ali situados. Isso, salvo se manifestamente constar do testamento que o testador que tinha em mente beneficiar entidades de outra localidade (art. 1.902, *caput*, do CC). Para os fins de tais disposições, as instituições particulares preferirão sempre às públicas (art. 1.902, parágrafo único, do CC).

6.ª Regra – Nos termos do art. 1.903 do CC, o erro na designação da pessoa do herdeiro, do legatário, ou da coisa legada anula a disposição, como ocorre com as demais modalidades de erro ou engano (art. 171, II, do CC). Isso, salvo se, pelo

contexto do testamento, por outros documentos, ou por fatos inequívocos, se puder identificar a pessoa ou coisa a que o testador queria referir-se. A última exceção, que trata de *erro acidental*, segue a linha do que consta do art. 142 do CC, pelo qual "o erro de indicação da pessoa ou da coisa, a que se referir a declaração de vontade, não viciará o negócio quando, por seu contexto e pelas circunstâncias, se puder identificar a coisa ou a pessoa cogitada". Ilustrando, imagine-se que consta do testamento a seguinte cláusula: "Deixo os meus carros para o meu motorista". Obviamente, os bens devem ser transmitidos ao motorista do falecido e não ao seu caseiro. Pelas circunstâncias é perfeitamente possível identificar quem é um e quem é o outro, não sendo justificável qualquer engano entre os dois.

7.ª Regra – Se o testamento nomear dois ou mais herdeiros, sem discriminar a parte de cada um, partilhar-se-á por igual, entre todos, a porção disponível do testador (art. 1.904 do CC). Em suma, aplica-se a máxima *concursu partes fiunt*, presumindo-se de forma relativa a divisão igualitária entre os herdeiros.

8.ª Regra – Se o testador nomear certos herdeiros individualmente e outros coletivamente, a herança será dividida em tantas quotas quantos forem os indivíduos e os grupos designados (art. 1.905 do CC). Vale transcrever as lições de Zeno Veloso, inclusive o seu exemplo: "A instituição é mista: certos herdeiros são nomeados individualmente; Lygia, Odette; e outros são nomeados coletivamente: os filhos de Elias. Para cumprir o disposto neste artigo, a herança no exemplo dado, é dividida em três partes iguais: uma para Lygia, outra para Odette, e a terceira parte para os filhos de Elias, herdando estes por estirpe".[85]

9.ª Regra – Se forem determinadas as quotas de cada herdeiro, e se tais quotas não absorverem toda a herança, o remanescente pertencerá aos herdeiros legítimos, segundo a ordem da vocação hereditária (art. 1.906 do CC). Ilustrando, se o autor da herança testar duas casas para um herdeiro e duas casas para outro, restando ainda três casas, as últimas seguirão à sucessão legítima, que tem caráter subsidiário.

10.ª Regra – Se forem determinados os quinhões de alguns herdeiros, mas não os de outros, o que restar da herança será distribuído por igual aos últimos, depois de completas as porções hereditárias dos primeiros (art. 1.907 do CC). Exemplo: o autor da herança deixa dois imóveis para um filho, três imóveis para outro. O testamento é feito também a favor de um terceiro filho, mas não se determina quais são os seus bens. Se ainda restarem duas casas, essas serão do terceiro filho, depois de asseguradas as quotas dos dois primeiros.

11.ª Regra – Dispondo o testador que não caiba ao herdeiro instituído certo e determinado objeto, dentre os da herança, tocará ele aos herdeiros legítimos (art. 1.908 do CC). Para exemplificar, o autor da herança institui cláusula negativa: "Meu filho Enzo ficará com a propriedade dos meus direitos autorais. Porém, meu imóvel localizado em Passos, Minas Gerais, não será transmitido ao meu filho Enzo". Então, o último bem deve ser partilhado entre os demais herdeiros do autor da herança.

12.ª Regra – Preceito específico a respeito do testamento, enuncia o art. 1.909 do CC que são anuláveis as disposições testamentárias inquinadas de erro, dolo ou coação. O prazo decadencial para a ação de anulação é de quatro anos, a contar de quando o interessado tiver conhecimento do vício (parágrafo único).

13.ª Regra – A ineficácia de uma disposição testamentária importa a das outras que, sem aquela, não teriam sido determinadas pelo testador (art. 1.910 do CC). Desse modo, se o conteúdo de uma cláusula tiver o condão de prejudicar outras, a ineficácia de uma cláusula contamina a outra. Trata-se de exceção à máxima pela qual a parte inútil do negócio, em regra, não prejudica a parte útil (*utile per inutile non vitiatur*), retirada do art. 184 do CC, com relação direta com o *princípio da conservação dos negócios jurídicos*.

Pois bem, vistas as regras fundamentais a respeito do conteúdo e da interpretação do testamento, cumpre estudar as cláusulas de inalienabilidade, de incomunicabilidade e de impenhorabilidade, tema importante para o Direito Privado.[86] Vejamos o conteúdo de cada uma dessas cláusulas:

– Cláusula de inalienabilidade – veda a alienação do bem clausulado, seja por venda, doação, dação em pagamento, transação, hipoteca, penhor, entre outros.

– Cláusula de incomunicabilidade – afasta a comunicação do bem, em qualquer regime adotado, mesmo na comunhão universal (art. 1.668, I, do CC).

– Cláusula de impenhorabilidade – impede que o bem seja penhorado, constrito para garantia de uma execução.

Tais cláusulas podem ser temporárias ou vitalícias. No último caso, entende-se que a morte do beneficiado extingue a eficácia da cláusula (nesse sentido: "Testamento. Inalienabilidade. Com a morte do herdeiro necessário (art. 1.721 do CC), que recebeu bens clausulados em testamento, os bens passam aos herdeiros deste, livres e desembaraçados. Art. 1.723 do Código Civil" (STJ, REsp 80.480/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4.ª Turma, j. 13.05.1996, *DJ* 24.06.1996, p. 22.769).

Dispositivo fundamental para as *três cláusulas restritivas* é o art. 1.848 do CC/2002, comando que merece redação destacada:

> "Art. 1.848. Salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima.
>
> § 1.º Não é permitido ao testador estabelecer a conversão dos bens da legítima em outros de espécie diversa.
>
> § 2.º Mediante autorização judicial e havendo justa causa, podem ser alienados os bens gravados, convertendo-se o produto em outros bens, que ficarão sub-rogados nos ônus dos primeiros".

De início, percebe-se que as referidas cláusulas devem ser justificadas quando inseridas sobre a legítima, quota dos herdeiros necessários. Fica em xeque a eficiência de tal exigência. Ora, imagine-se que um pai quer apostar as referidas cláusulas no testamento a um filho, pois duvida da idoneidade de sua nora, casada com ele pelo regime da comunhão universal. Como justificar sua intenção? Destaque-se, mais uma vez, o apontamento de Zeno Veloso: "Mas não é só isso! O Código exige que a causa seja 'justa', e a questão vai ser posta quando o estipulante já morreu, abrindo-se uma discussão interminável, exigindo uma prova diabólica, dado o subjetivismo do problema".[87] Na prática, muitas vezes os julgados afastam a incidência das cláusulas justamente por entender que não há a citada justa causa (cite-se: TJSP, Agravo de Instrumento 991.09.097732-8, Acórdão 4233664, São Paulo, 21.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Silveira Paulilo, j. 02.12.2009, *DJESP* 12.01.2010).

Discussão interessante reside em saber se o art. 1.848 do CC, particularmente no tocante à exigência da *justa causa*, também se aplica à doação com as referidas cláusulas. Muitos julgados respondem positivamente, caso dos seguintes, do Tribunal Paulista:

> "Arrolamento. Doação. Imposição de cláusula de impenhorabilidade. Retificação da doação, a fim de constar a justa causa da restrição a ser imposta. Necessidade. Não aceitação de cláusula genérica de justificação. Aplicação do art. 1.848 do Código Civil. Decisão mantida. Recurso desprovido" (TJSP, Agravo de Instrumento 990.10.001924-4, Acórdão 528084, Limeira, 5.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Silvério Ribeiro, j. 02.06.2010, *DJESP* 25.06.2010).

> “Doação. Cancelamento do gravame de inalienabilidade do imóvel. Art. 1.676, do Código Civil de 1916 que deve ser interpretado com temperamento. Doação que se tornou demasiado onerosa. Art. 1.848, *caput*, do Código Civil de 2002 que exige justa causa para previsão dessa cláusula. Aplicabilidade na hipótese. Inteligência do art. 2.042, do novo Código Civil. Restrição insubsistente. Recurso desprovido” (TJSP, Apelação com Revisão 613.184.4/8, Acórdão 3499722, Presidente Venceslau, 1.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, j. 03.03.2009, *DJESP* 08.05.2009).

Com o devido respeito, este autor pensa de forma contrária. Isso porque o art. 1.848 do CC é norma restritiva da autonomia privada e, como tal, não admite interpretação extensiva ou analogia para outras hipóteses ou tipos. Em suma, o seu campo de incidência é apenas o testamento e não a doação.

Em complemento, como sustenta Marcelo Truzzi Otero, a exigência de justa causa para a doação pode gerar disputas familiares infindáveis: “partindo dessa premissa, a exigência de justa causa para as doações, mesmo aquelas feitas em antecipação da legítima, afronta ao princípio da proteção da família, posto, não raro, representar um relevante fator de desarmonia e desunião familiar”.[88] De fato, se a Constituição Federal de 1988 protege especialmente a família, em seu art. 226, não se pode incentivar as práticas jurídicas que motivam ou intensificam os conflitos familiares.

Vale dizer que o Colégio Notarial do Brasil aprovou enunciado em seu *XIX Congresso Brasileiro*, realizado em 2014, prescrevendo que, “nas escrituras públicas de doação, não é necessário justificar a imposição de cláusulas restritivas sobre a legítima. A necessidade de indicação de justa causa (CC, art. 1.848) limita-se ao testamento, não se estendendo às doações”.

Como se pode perceber da leitura do § 2.º do art. 1.848, por meio de autorização judicial e em havendo justa causa (mais uma vez), é possível a alienação dos bens clausulados. Em casos tais, o produto da venda deve ser destinado para a aquisição de outros bens, em substituição (sub-rogação), que permanecerão com as cláusulas dos primeiros. Ilustrando a aplicação do comando, com interessante aplicação dessa autorização para alienação, do Tribunal de São Paulo:

> “Cancelamento de cláusulas abrangendo inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade incidentes sobre imóvel urbano. Morte dos doadores e instituidores da cláusula restritiva há mais de quatorze anos. Manutenção do imóvel, difícil e custosa. Inexistência de razão para a permanência da restrição, que provoca prejuízo aos donatários maiores e capazes. Acolhimento do pedido de cancelamento do vínculo. Recurso provido” (TJSP, Apelação 994.09.319607-4, Acórdão 4647619, Rio Claro, 4.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Natan Zelinschi de Arruda, j. 05.08.2010, *DJESP* 31.08.2010).

Não se olvide que, nos termos do art. 1.911 do CC, a cláusula de inalienabilidade, imposta aos bens por ato de liberalidade, implica automaticamente em impenhorabilidade e incomunicabilidade do bem. O dispositivo é reprodução parcial da antiga Súmula 49 do STF, pela qual “A cláusula de inalienabilidade inclui a incomunicabilidade dos bens”. Ato contínuo, prevê o parágrafo único do art. 1.911 que no caso de desapropriação de bens clausulados, ou de sua alienação, por conveniência

econômica do donatário ou do herdeiro, mediante autorização judicial, o produto da venda converter-se-á em outros bens, sobre os quais incidirão as restrições apostas aos primeiros. Mais uma vez, o CC/2002 prevê a sub-rogação dos bens clausulados, mantendo-se as restrições.

Para encerrar o estudo da matéria, cabe comentar o art. 2.042 do CC/2002, norma de direito intertemporal que trata do assunto. De acordo com a norma, aplica-se o art. 1.848 quando aberta a sucessão no prazo de um ano após a entrada em vigor do atual Código (até 11.01.2004). Isso, ainda que o testamento tenha sido feito na vigência do CC/1916. Assim, se nesse prazo de um ano o testador não aditar o testamento para declarar a justa causa de cláusula aposta na legítima, não subsistirá a restrição. Conforme anota Maria Helena Diniz, a finalidade da lei foi a de conceder um tempo razoável ao testador para viabilizar as restrições impostas na vigência da lei anterior.[89] Da jurisprudência podem ser encontrados vários julgados aplicando a questão intertemporal. Dentre todos, colaciona-se e destaca-se lúcida ementa do STJ:

> "Direito Civil e Processual Civil. Sucessões. Recurso especial. Arrolamento de bens. Testamento feito sob a vigência do CC/1916. Cláusulas restritivas apostas à legítima. Inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade. Prazo de um ano após a entrada em vigor do CC/2002 para declarar a justa causa da restrição imposta. Abertura da sucessão antes de findo o prazo. Subsistência do gravame. Questão processual. Fundamento do acórdão não impugnado. Conforme dicção do art. 2.042 c/c o *caput* do art. 1.848 do CC/2002, deve o testador declarar no testamento a justa causa da cláusula restritiva aposta à legítima, no prazo de um ano após a entrada em vigor do CC/2002; na hipótese de o testamento ter sido feito sob a vigência do CC/1916 e aberta a sucessão no referido prazo, e não tendo até então o testador justificado, não subsistirá a restrição. – Ao testador são asseguradas medidas conservativas para salvaguardar a legítima dos herdeiros necessários, sendo que na interpretação das cláusulas testamentárias deve-se preferir a inteligência que faz valer o ato, àquela que o reduz à insubsistência; por isso, deve-se interpretar o testamento, de preferência, em toda a sua plenitude, desvendando a vontade do testador, libertando-o da prisão das palavras, para atender sempre a sua real intenção. – Contudo, a presente lide não cobra juízo interpretativo para desvendar a intenção da testadora; o julgamento é objetivo, seja concernente à época em que dispôs da sua herança, seja relativo ao momento em que deveria aditar o testamento, isto porque veio a óbito ainda dentro do prazo legal para cumprir a determinação legal do art. 2.042 do CC/2002, o que não ocorreu, e, por isso, não há como esquadrinhar a sua intenção nos 3 meses que remanesciam para cumprir a dicção legal. – Não houve descompasso, tampouco descumprimento, por parte da testadora, com o art. 2.042 do CC/2002, conjugado com o art. 1.848 do mesmo Código, isto porque foi colhida por fato jurídico – morte – que lhe impediu de cumprir imposição legal, que só a ela cabia, em prazo que ainda não se findara. – O testamento é a expressão da liberdade no direito civil, cuja força é o testemunho mais solene e mais grave da vontade íntima do ser humano. – A existência de fundamento do acórdão recorrido não impugnado, quando suficiente para a manutenção de suas conclusões em questão processual, impede a apreciação do Recurso Especial no particular. Recurso Especial provido" (STJ, REsp 1.049.354/SP, 3.ª Turma, Rel.ª Min.ª Fátima Nancy Andrighi, j. 18.08.2009, *DJE* 08.09.2009).

Com essa decisão, encerra-se o estudo da matéria, passando-se à abordagem dos legados.

9.9.6 Dos legados

9.9.6.1 Conceito e espécies

O legado constitui uma disposição específica sucessória, realizada a título singular. Como bem leciona Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, “entende-se o legado – segundo o direito brasileiro – como a atribuição de certo ou certos bens a outrem por meio de testamento e a título singular. Envolve, assim, uma sucessão *causa mortis* que produzirá efeitos apenas com o falecimento do testador. Consiste, sem dúvida, numa liberalidade deste para com o legatário, o que não exige dizer que se deva sempre traduzir em benefício para este último, já que pode ocorrer a vir a ser o legado pelos encargos que o acompanham ou mesmo vir a se converter num ônus pesado demais para quem o recebe”.[90]

Deve ficar claro que a lei admite o *sublegado*, tratado pelo art. 1.913 do CC. Determina tal comando que se o testador ordenar que o herdeiro ou legatário entregue coisa de sua propriedade a outrem (o sublegatário), não o cumprindo ele, entender-se-á que renunciou à herança ou ao legado.

Em relação ao conteúdo, o legado admite várias espécies ou formas. Vejamos as principais:

a) Legado de coisa alheia – tratado pelo art. 1.912 do CC, pelo qual é ineficaz o legado de coisa certa que não pertença ao testador no momento da liberalidade.

b) Legado de coisa comum – se a coisa legada pertencer somente em parte ao testador, só quanto a essa parte valerá o legado em benefício do legatário (art. 1.914 do CC).

c) Legado de coisa genérica – se o legado for de coisa que se determine pelo gênero, será o mesmo cumprido, ainda que tal coisa não exista entre os bens deixados pelo testador (art. 1.915 do CC).

d) Legado de coisa singular – se o testador legar coisa sua, singularizando-a, só terá eficácia o legado se, ao tempo do seu falecimento, ela se achava entre os bens da herança (art. 1.916 do CC). Se a coisa legada existir entre os bens do testador, mas em quantidade inferior à do legado, este será eficaz apenas quanto à existente.

e) Legado de coisa localizada – o legado de coisa que deva encontrar-se em determinado lugar só terá eficácia se nele for achada, salvo se removida a título transitório (art. 1.917 do CC).

f) Legado de crédito e de quitação de dívida – enuncia o art. 1.918 do CC que o legado de crédito, ou de quitação de dívida, terá eficácia somente até a importância desta, ou daquele, ao tempo da morte do testador. Cumpre-se o legado, entregando o herdeiro ao legatário o título respectivo (§ 1.º). Este legado não compreende as dívidas posteriores à data do testamento (§ 2.º).

g) Legado de alimentos – conforme o art. 1.920 do CC, abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se ele for menor. Com aplicação recente do instituto, colaciona-se: “Legado de alimentos. Disposição testamentária que beneficia herdeira. Valores provenientes de renda de imóvel locado, pertencente ao espólio. Decisão agravada que, em inventário, determina o levantamento das quantias depositadas em juízo em favor da legatária, bem como ordena à inquilina que faça o pagamento da quantia correspondente ao legado de alimentos diretamente à beneficiária da quantia. Correção. Disposição testamentária plena e eficaz. Legado de alimentos devidos desde a morte da testadora (artigo 1.926 CC/2002). Decisão mantida. Recurso desprovido, na parte conhecida” (TJSP, Agravo de Instrumento 994.09.272937-0, Acórdão 4371741, São Paulo, 1.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. De Santi Ribeiro, j. 16.03.2010, *DJESP* 22.04.2010).

h) Legado de usufruto – sendo realizado pelo testador sem fixação de tempo, entende-se como vitalício, ou seja, deixado para toda a vida do legatário (art. 1.921 do CC).

i) Legado de imóvel – se aquele que legar um imóvel lhe ajuntar depois novas aquisições, estas, ainda que contíguas, não se compreendem no legado, salvo expressa declaração em contrário do testador (art. 1.922, *caput*, do CC). Tal premissa não

se aplica às benfeitorias necessárias, úteis ou voluptuárias feitas no prédio legado, que devem ser tidas como incorporadas ao legado (parágrafo único).

j) Legado de dinheiro – tratado pelo art. 1.925 do CC, vencendo os juros desde o dia em que se constituir em mora a pessoa obrigada a prestá-los.

k) Legado alternativo – conceito similar à obrigação alternativa (art. 252 do CC), sendo aquele em que o legatário tem a opção de escolher entre alguns bens descritos pelo autor da herança (art. 1.932 do CC).

Superada tal visualização, parte-se ao estudo dos efeitos do legado e do seu pagamento.

9.9.6.2 *Dos efeitos do legado e do seu pagamento*

Como primeiro efeito do legado, desde a abertura da sucessão, o que se dá com a morte do autor da herança, pertence ao legatário a coisa certa, existente no acervo. Isso, salvo se o legado estiver sob condição suspensiva, o que é juridicamente possível, assim como o legado a termo (art. 1.923, *caput*, do CC). Como se pode notar, o *droit de saisine* do mesmo modo se aplica aos legados. Porém, como restrição a tal direito, enuncia o § 1.º da norma que não se defere de imediato a posse direta da coisa, nem nela pode o legatário entrar por autoridade própria.

Outro preceito importante é o § 2.º do art. 1.923, segundo o qual o legado de coisa certa existente na herança transfere também ao legatário os frutos que produzir, desde a morte do testador, exceto se dependente de condição suspensiva, ou de termo inicial. Assim, ilustrando, se o imóvel objeto de legado estiver locado, o legatário terá direito aos aluguéis desde a morte do testador. Assim concluindo:

> "Agravo de Instrumento. Inventário. Imóvel legado. Levantamento de valores, atinente a aluguel. É cabível o levantamento de valores depositados em juízo, atinente a aluguéis oriundos de imóvel legado à recorrente pela falecida, conforme o disposto no art. 1.923, § 2.º, do CC/2002, se não há mais discussão a respeito da validade do testamento. Agravo de instrumento provido" (TJRS, Agravo de Instrumento 70031854169, Porto Alegre, 8.ª Câmara Cível, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, j. 29.09.2009, *DJERS* 07.10.2009, p. 49).

> "Inventário. Decisão pela qual se indeferiu pedido da legatária, ora agravante, para expedição de alvará a fim de que ela celebrasse contrato de locação ou a respectiva renovação, bem como, por outro lado, se determinou houvesse depósito em Juízo pela locatária em relação a aluguéis. Inadmissibilidade. Hipótese na qual o legatário, como titular do domínio, tem direito a receber os frutos da coisa, em conformidade ao artigo 1.923, § 2.º, do Código Civil. Inventariante que concorda com o recebimento direto pela agravante em relação aos aluguéis pagos pela locatária, a cujo respeito prestará contas. Recurso provido" (TJSP, Agravo de Instrumento 561.274.4/6, Acórdão 2642861, Valinhos, 6.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Encinas Manfré, j. 29.05.2008, *DJESP* 26.06.2008).

O direito de pedir o legado não se exercerá, enquanto se litigue sobre a validade do testamento. A premissa, do mesmo modo, vale para os *legados condicionais* (sujeitos a condição) e para os *legados a prazo* (sujeitos a termo), enquanto esteja pendente a condição ou o prazo não se vença (art.

1.924 do CC). Como bem conclui a jurisprudência, tais pendências não impedem que o legatário continue intervindo no processo de inventário (TJSP, Agravo de Instrumento 266.852-4/3, São Paulo, 3.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Waldemar Nogueira Filho, j. 25.02.2003).

Em havendo legado de renda vitalícia ou pensão periódica, como nos casos de legado de alimentos, a renda ou pensão correrá da morte do testador (art. 1.926 do CC). Por outra via, se o legado for composto de quantidades certas, em prestações periódicas, datará da morte do testador o primeiro período, e o legatário terá direito a cada prestação, uma vez encetado cada um dos períodos sucessivos, ainda que venha a falecer antes do termo dele (art. 1.927 do CC).

Sendo periódicas as prestações, só no termo de cada período poderão ser exigidas (art. 1.928, *caput*, do CC). Todavia, se as prestações forem deixadas a título de alimentos, pagar-se-ão no começo de cada período, sempre que outra coisa não tenha disposto o testador (art. 1.928, parágrafo único).

No legado de coisa genérica, ao herdeiro tocará escolhê-la, guardando o meio-termo entre as congêneres da melhor e pior qualidade (art. 1.929 do CC). A norma tem sua razão de ser, eis que a escolha no gênero intermediário tende a afastar o enriquecimento sem causa, estando presente, por exemplo, na escolha que ocorre na obrigação de dar coisa incerta (art. 244 do CC). A premissa também vale para os casos em que a escolha é deixada ao arbítrio de terceiro e se este não quiser ou não puder efetivar a escolha. A escolha deve ser efetivada pelo juiz da causa a quem a questão é levada, tendo como parâmetros as regras expostas (art. 1.930 do CC).

Ainda no legado de coisa genérica, se a opção de escolha foi deixada ao legatário, este poderá escolher, do gênero determinado, a melhor coisa que houver na herança (art. 1.931 do CC). Porém, se na herança não existir coisa de tal gênero, dar-lhe-á de outra congênere o herdeiro, observadas as disposições expostas a respeito do gênero intermediário.

Em relação ao *legado alternativo*, aquele em que o legatário tem a opção entre vários bens da herança, presume-se relativamente deixada ao herdeiro tal opção (art. 1.932 do CC). Por razões óbvias, o testador pode instituir de forma contrária. Eventualmente, se o herdeiro ou legatário a quem couber a opção falecer antes de exercê-la, passará este poder aos seus herdeiros (art. 1.933).

A respeito do cumprimento do legado, no silêncio do testamento, este incumbe aos herdeiros e, não os havendo, aos legatários, na proporção do que herdaram (art. 1.934, *caput*, do CC). Tal encargo, não havendo disposição testamentária em contrário, caberá ao herdeiro ou legatário incumbido pelo testador da execução do legado. Quando indicados mais de um, os onerados dividirão entre si o ônus, na proporção do que recebam da herança (art. 1.934, parágrafo único, do CC).

Se algum sublegado consistir em coisa pertencente a herdeiro ou legatário, só a ele incumbirá cumpri-lo, com regresso contra os coerdeiros, pela quota de cada um, salvo se o contrário

expressamente dispôs o testador (art. 1.935 do CC). As despesas e os riscos da entrega do legado correm à conta do legatário, se não dispuser diversamente o testador (art. 1.936 do CC).

Ainda a respeito da execução do legado, a coisa legada deve ser entregue, com seus acessórios, no lugar e estado em que se achava ao falecer o testador, passando ao legatário com todos os encargos que a onerarem (art. 1.937 do CC).

Por fim, como não poderia ser diferente, a lei admite o legado com encargo ou modo (*legado modal*). Em casos tais, o art. 1.938 do CC determina a aplicação das mesmas regras da doação modal ou com encargo. Assim, ilustrando, cabe a revogação do legado, caso o encargo não seja executado pelo legatário (art. 555 do CC). Anote-se que tal premissa foi aplicada pela jurisprudência paulista recente (TJSP, Apelação com Revisão 339.905.4/2, Acórdão 2587650, Jundiaí, 5.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Carlos Giarusso Santos, j. 02.04.2008, *DJESP* 30.05.2008).

9.9.6.3 *Da caducidade dos legados*

Como bem alerta Zeno Veloso, a caducidade não se confunde com a invalidade do legado. A caducidade envolve o plano da eficácia do negócio, ou seja, o terceiro degrau da *Escada Ponteana*. Ademais, como se nota da análise das suas hipóteses, a caducidade tem origem em causas supervenientes, surgidas após o legado. A invalidade, como é notório, envolve o plano da validade (segundo degrau), presente, em regra, um vício de formação.[91] Nos termos do art. 1.939 do CC, caducará o legado:

a) Se, depois do testamento, o testador modificar a coisa legada, ao ponto de já não ter a forma nem lhe caber a denominação que possuía.
b) Se o testador, por qualquer título, alienar no todo ou em parte a coisa legada. Em casos tais, caducará até onde a coisa alienada deixou de pertencer ao testador.
c) Se a coisa perecer ou for evicta, vivo ou morto o testador, sem culpa do herdeiro ou legatário incumbido do seu cumprimento.
d) Se o legatário for excluído da sucessão por indignidade.
e) Se o legatário falecer antes do testador.

Por fim, enuncia o art. 1.940 do CC que, no caso de legado alternativo com duas ou mais coisas, se algumas delas perecerem, subsistirá quanto às restantes. Perecendo parte de uma, valerá, quanto ao seu remanescente, o legado. Se todas as coisas perecerem, por razões óbvias, o legado caducará, por força do inc. III do art. 1.939.

9.9.7 Do direito de acrescer entre herdeiros e legatários

Nos dizeres de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, o direito de acrescer "consiste no direito de o herdeiro ou legatário também receber, respeitada a proporção do número de contemplados no testamento, a parte que caberia a um outro herdeiro ou legatário que não pôde ou não quis receber sua herança ou legado".[92] Nessa linha conceitual, dispõe o art. 1.941 do CC que quando vários herdeiros, pela mesma disposição testamentária, forem conjuntamente chamados à herança em quinhões não determinados, e qualquer deles não puder ou não quiser aceitá-la, a sua parte acrescerá à dos coerdeiros, salvo o direito do substituto. Exemplificando, se o testador beneficiar três herdeiros e se um deles falecer antes do testador, a sua parte será acrescida à dos demais, que são vivos. Ainda ilustrando, cabe transcrever julgado do STJ que aplica a ideia:

> "Recurso Especial. Civil e processo civil. Herdeiro neto. Sucessão por representação. Testamento. Ruptura. Art. 1.973 do CC/2002. Não ocorrência. Legado. Direito de acrescer possibilidade. Recurso não conhecido. 1. Não se conhece do recurso quanto à alegada divergência, na medida em que se olvidou o recorrente do necessário cotejo analítico entre os julgados tidos por confrontantes, deixando, com isso, de demonstrar a necessária similitude fática entre os arrestos, conforme exigência contida no parágrafo único do artigo 541 do Código de Processo Civil e § 2.º do artigo 255 do RISTJ. 2. Não se há falar em ofensa ao artigo 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil, porquanto ausente qualquer omissão, obscuridade ou contradição no acórdão guerreado. 3. 'Com efeito, quando a lei fala em superveniência de descendente sucessível, como causa determinante da caducidade do testamento, leva em consideração o fato de que seu surgimento altera, por completo, a questão relativa às legítimas. Aqui, tal não ocorreu, já que resguardou-se a legítima do filho e, consequentemente, do neto'. 4. Não havendo determinação dos quinhões, subsiste o direito de acrescer ao colegatário, nos termos do artigo 1.712 do Código de 1916. 5. Recurso não conhecido" (STJ, REsp 594.535/SP, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 4.ª Turma, j. 19.04.2007, *DJ* 28.05.2007, p. 344).

Pois bem, a partir das lições da doutrina clássica e da contemporânea, *três conjunções fundamentais* podem ser retiradas do art. 1.941 da lei privada em vigor, dispositivo que equivale ao art. 1.710 do Código Civil de 1916. Tais conjunções remontam ao Direito Romano, conforme ensinam os civilistas de ontem e de hoje[93]. Assim, três seriam as possibilidades de previsões no legado que repercutem no direito de acrescer, a saber:

a) Conjunção *res tantum* – que diz respeito à coisa (conjunção real). Explica Zeno Veloso, com base em Orosimbo Nonato, que tal conjunção está presente quando a mesma coisa é legada a mais de uma pessoa, mas pela via de frases distintas ou de cláusulas distintas.[94]

b) Conjunção *verbis tantum* – significa uma disposição somente por palavras (conjunção verbal). O testador afirma, por exemplo, que deixa metade de seus bens para um herdeiro e a outra metade para dois outros herdeiros. Nesse caso, o direito de acrescer só existe entre os dois últimos, e não entre os grupos nomeados. A ilustrar, conforme foi decidido em instância superior, "quando o testador fixa a cota ou o objeto de cada sucessor, não há direito de acrescer entre os demais herdeiros ou legatários. Ocorre a conjunção *verbis tantum* quando são utilizadas as expressões partes iguais, partes equivalentes, ou outras que denotem o mesmo significado, o que exclui o direito de acrescer" (STJ, REsp 565.097/RS, Rel. Min. Castro Filho, 3.ª Turma, j. 09.03.2004, *DJ* 19.04.2004, p. 197).

c) Conjunção *res et verbis* – o que quer dizer na coisa e por palavras (conjunção mista). Pode ser citado o caso em que o testador nomeia diretamente dois herdeiros como beneficiários de determinada proporção de seus bens, sem fixar a parte de cada um. Vindo um deles a falecer, há direito de acrescer diretamente entre os envolvidos.

No que concerne aos colegatários, o direito de acrescer competirá quando nomeados conjuntamente a respeito de uma só coisa, determinada e certa (*re et verbis*), ou quando o objeto do legado não puder ser dividido sem risco de desvalorização (art. 1.942 do CC). Em complemento, se um dos coerdeiros ou colegatários, em tais condições, morrer antes do testador; se renunciar a herança ou legado, ou destes for excluído, e, se a condição sob a qual foi instituído não se verificar, acrescerá o seu quinhão, salvo o direito do substituto, à parte dos coerdeiros ou colegatários conjuntos (art. 1.943 do CC). Para exemplificar, se o autor da herança deixar um imóvel para dois legatários, falecendo um deles, a metade do imóvel do legatário morto é transmitida ao colegatário.

Não sendo o caso de se aplicar o direito de acrescer entre herdeiros e legatário, transmite-se aos herdeiros legítimos a quota vaga do nomeado (art. 1.944, *caput*, do CC). Como efeito concreto da não incidência do direito de acrescer, a quota do que faltar acresce ao herdeiro ou ao legatário incumbido de satisfazer esse legado, ou a todos os herdeiros, na proporção dos seus quinhões, se o legado se deduziu da herança (art. 1.944, parágrafo único, do CC).

Pois bem, não pode o beneficiário do direito de acrescer repudiá-lo separadamente da herança ou legado que lhe caiba. Isso, salvo se o acréscimo comportar encargos especiais impostos pelo testador. Nesse caso, uma vez repudiado, reverte o acréscimo para a pessoa a favor de quem os encargos foram instituídos (art. 1.945 do CC).

Por derradeiro, em havendo legado de um só usufruto conjuntamente a duas ou mais pessoas, a parte da que faltar acresce aos colegatários (art. 1.946, *caput*, do CC). Para ilustrar, o autor da herança lega um usufruto para B, C e D, sem qualquer outra estipulação. Assim, em regra, se D falece antes do testador, a sua parte do usufruto é transmitida para B e C.

Porém, se não houver conjunção entre os colegatários, ou se, apesar de conjuntos, só lhes foi legada certa parte do usufruto (conjunção *verbis tantum*), consolidar-se-ão na propriedade as quotas dos que faltarem, à medida que eles forem faltando (art. 1.946, parágrafo único, do CC). Exemplificando, se a estipulação é feita no sentido de se estabelecer 50% do usufruto para B e 50% do usufruto para C, se B falece, a sua quota não vai para C, mas para o nu-proprietário, consolidando-se a propriedade.

9.9.8 Das substituições testamentárias

Conforme as lições de Maria Helena Diniz, “A substituição é a disposição testamentária na qual o testador chama uma pessoa para receber, no todo ou em parte, a herança ou o legado, na falta ou

após o herdeiro ou legatário nomeado em primeiro lugar, ou seja, quando a vocação deste ou daquele cessar por qualquer causa".[95] Dessa forma, na substituição já consta do testamento quem será o herdeiro a ser chamado em segundo lugar. Quebra-se, pela nomeação testamentária, a ordem de vocação hereditária prevista em lei. Como efeito a ser destacado da substituição, o substituto fica sujeito à condição ou encargo imposto ao substituído, quando não for diversa a intenção manifestada pelo testador, ou não resultar outra coisa da natureza da condição ou do encargo (art. 1.949 do CC).

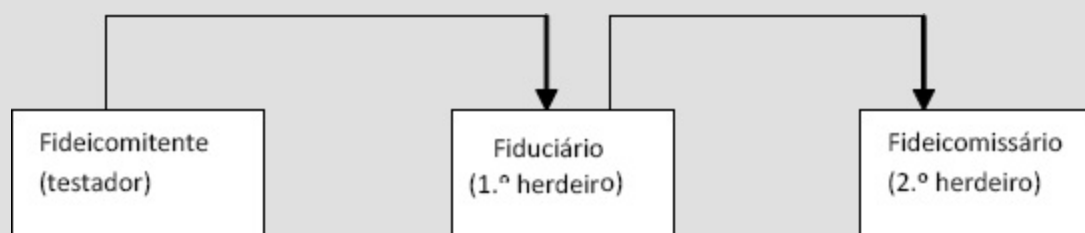
São modalidades de substituições tratadas pelo CC/2002:

I) *Substituição vulgar ou ordinária* – o testador substitui diretamente outra pessoa ao herdeiro ou ao legatário nomeado, para o caso de um ou outro não querer ou não poder aceitar a herança ou o legado. Em casos tais, enuncia o art. 1.947 do CC, presume-se que a substituição foi determinada para as duas alternativas, ainda que o testador só a uma se refira.

II) *Substituição recíproca* – um herdeiro substitui o outro e vice-versa (art. 1.948 do CC). Pelo que consta de tal comando, a substituição recíproca pode ser assim subclassificada, na esteira de melhor doutrina:[96]

a) Substituição recíproca geral – todos substituem o herdeiro ou legatário que não suceder.
b) Substituição recíproca particular – somente determinados herdeiros ou legatários são apontados como substitutos recíprocos.
c) Substituição coletiva – vários herdeiros são nomeados como substitutos para o herdeiro ou legatário que não sucede.
d) Substituição singular – somente um herdeiro é nomeado como substituto do herdeiro ou legatário que não sucede.

Em complemento, dispõe o art. 1.950 do CC que se, entre muitos coerdeiros ou legatários de partes desiguais, for estabelecida substituição recíproca, a proporção dos quinhões fixada na primeira disposição entender-se-á mantida na segunda (na substituição). Se, com as outras pessoas anteriormente nomeadas, for incluída mais alguma pessoa na substituição, o quinhão vago pertencerá em partes iguais aos substitutos. Desse modo, por razões óbvias, o novo substituto deve ser incluído na divisão.

III) Substituição fideicomissária – pode o testador instituir herdeiros ou legatários, estabelecendo que, por ocasião de sua morte, a herança ou o legado se transmita ao fiduciário, resolvendo-se o direito deste, por sua morte, a certo tempo ou sob certa condição, em favor de outrem, que se qualifica de fideicomissário (art. 1.951 do CC). Esclarecendo, de forma sucessiva, o fideicomitente (testador ou autor da herança) faz uma disposição do patrimônio para o fiduciário (1.º herdeiro) e para o fideicomissário (2.º herdeiro). Ocorrendo o termo ou a condição fixada, o bem é transmitido para o fideicomissário. Esquematizando:

Aprofundando o estudo do fideicomisso, aponta Sílvio de Salvo Venosa que o instituto tem origem em Roma, eis que "como muitas pessoas estavam impedidas de concorrer à herança, o testador burlava eventuais proibições pedindo a um herdeiro que se encarregasse de entregar seus bens ao terceiro que o testador queria verdadeiramente beneficiar. O disponente confiava na boa-fé

do herdeiro (*fidei tua committo*), de onde proveio a palavra fideicomisso (*fideicomissium*). O testador 'cometia' (entregava) a herança a alguém sob confiança de sua boa-fé (*fidei tua*)".[97]

Como é óbvio, o fideicomisso não pode ser instituído por contrato, sob pena de infringir a proibição do pacto sucessório, constante do art. 426 do CC. Nessa linha, na *V Jornada de Direito Civil* aprovou-se o seguinte enunciado doutrinário: "O fideicomisso, previsto no art. 1.951 do Código Civil, somente pode ser instituído por testamento" (Enunciado n. 529).

A verdade é que o fideicomisso sempre teve reduzida ou nenhuma aplicação entre nós e o CC/2002 se encarregou de diminuir ainda mais a sua incidência prática. Isso porque, nos termos do art. 1.952 do CC, a substituição fideicomissária somente se permite em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador. Em suma, somente é possível fideicomisso para beneficiar como fideicomissário a prole eventual, o que torna sem sentido atual toda a jurisprudência anterior sobre o tema. Não é mais viável juridicamente o fideicomisso em benefício de pessoa já nascida ou concebida (nascituro). No último caso, prevê o parágrafo único do art. 1.952 que se, ao tempo da morte do testador, já houver nascido o fideicomissário, adquirirá este a propriedade dos bens fideicometidos, convertendo-se em usufruto o direito do fiduciário.

Analisando os efeitos do fideicomisso, determina o art. 1.953 do CC, a respeito de sua estrutura, que o fiduciário tem a propriedade restrita e resolúvel da herança ou legado. Isso porque o bem permanece inicialmente com o fiduciário. Entretanto, ocorrendo o termo ou a condição, a propriedade é transmitida ao fideicomissário. Ato contínuo, o fiduciário é obrigado a proceder ao inventário dos bens gravados, e a prestar caução de restituí-los se o exigir o fideicomissário.

Por outra via, também em decorrência dessa sua estrutura, caduca ou decai o fideicomisso se o fideicomissário morrer antes do fiduciário (*premoniência)*, ou antes de realizar-se a condição resolutória do direito deste último. Em casos tais, dispõe o art. 1.958 do CC que a propriedade plena será consolidada em nome do fiduciário.

Em havendo renúncia à herança ou legado pelo fiduciário, salvo disposição em contrário do testador, defere-se ao fideicomissário o poder de aceitar (art. 1.954 do CC). Em casos tais, o fideicomissário pode renunciar à herança ou ao legado, e, neste caso, o fideicomisso caduca, deixando de ser resolúvel a propriedade do fiduciário, se não houver disposição contrária do testador (art. 1.955 do CC). Por outra via, se o fideicomissário aceitar a herança ou o legado, terá direito à parte que, ao fiduciário, em qualquer tempo acrescer (art. 1.956 do CC). A respeito de suas responsabilidades, ocorrendo a sucessão, o fideicomissário responde pelos encargos da herança que ainda restarem (art. 1.957 do CC).

Enuncia a lei que são nulos os fideicomissos além do segundo grau (art. 1.959 do CC). Desse modo, não se pode nomear um segundo fideicomissário por expressa proibição legal (nulidade textual). Em casos tais, a nulidade da substituição ilegal não prejudica a instituição, que valerá sem o

encargo resolutório (art. 1.960 do CC). Em suma, é válido o fideicomisso até a instituição do primeiro fideicomissário, aplicação direta do *princípio da conservação dos negócios jurídicos*.

Para encerrar o estudo das substituições e do fideicomisso, cumpre esclarecer o sentido da expressão *substituição compendiosa*, conforme consta da obra anterior escrita com José Fernando Simão, em pesquisa realizada pelo então coautor, a quem se dá mais uma vez os créditos. Para Sílvio Rodrigues e Itabaiana de Oliveira, substituição compendiosa é sinônimo de substituição fideicomissária. Todavia, para Washington de Barros Monteiro, Maria Helena Diniz e Sílvio de Salvo Venosa, a substituição compendiosa seria um misto de substituição vulgar com substituição fideicomissária.[98] Exemplo citado, para a última corrente doutrinária, que é a que prevalece na contemporaneidade: "Deixo meus bens para João, que transmitirá ao primeiro filho de José. Caso João não queira ou não possa receber, os bens ficarão com José, que deverá transmiti-los ao seu primeiro filho".[99]

9.9.9 Da redução das disposições testamentárias

Assim como ocorre com a doação inoficiosa (art. 549 do CC), já estudada, pode ser necessária a redução das disposições testamentária, a fim de não se prejudicar a legítima, quota dos herdeiros necessários (50% do patrimônio do autor da herança). Insta verificar que o Código em vigor traz regras diferenciadas em relação ao testamento e à doação, tratada a última no próximo item, referente ao inventário e à partilha.

Como primeira regra a respeito da redução testamentária, se o testador fizer disposição que rompa a proteção da legítima, a disposição somente será válida nos limites de sua metade. O remanescente pertencerá aos herdeiros legítimos, respeitada a ordem de vocação hereditária (art. 1.966 do CC). Ilustrando, se alguém faz por testamento a disposição de 70% do seu patrimônio, a disposição é válida apenas em 50%. Em relação aos outros 20%, os bens devem ser destinados aos herdeiros legítimos, ocorrendo em tal proporção a redução testamentária. Deve ficar bem claro que "O fato de o testador ter extrapolado os limites da legítima não enseja a nulidade do testamento, impondo-se tão somente a redução das disposições testamentárias" (TJRS, Acórdão 70026646075, Erechim, 8.ª Câmara Cível, Rel. Des. Claudir Fidelis Faccenda, j. 19.03.2009, *DOERS* 26.03.2009, p. 43). Sintetizando, a redução não atinge o plano da validade do testamento, mas a sua eficácia.

As disposições que excederem a parte disponível reduzir-se-ão aos limites dela, de conformidade com as seguintes regras previstas pelo art. 1.967 do CC:

> a) Em se verificando excederem as disposições testamentárias a porção disponível, serão proporcionalmente reduzidas as quotas do herdeiro ou herdeiros instituídos, até onde baste, e, não bastando, também os legados, na proporção do seu valor. Como ensina Zeno Veloso, "Se o testador cometeu excesso, isto é, fez ato de liberalidade que foram além da metade

disponível, não fica sem efeito todo o testamento, mas o excesso é decotado”.[100] Ilustrando, se alguém que tem dois filhos faz uma disposição a favor de terceiro de 60% do patrimônio, a redução ocorre em 10%, sendo a quota do excesso distribuída de forma igualitária entre os herdeiros necessários. A respeito de tal previsão, na *I Jornada de Direito Civil1*, aprovou-se o Enunciado n. 118, pelo qual “o testamento anterior à vigência do novo Código Civil se submeterá à redução prevista no § 1.º do art. 1.967 naquilo que atingir a porção reservada ao cônjuge sobrevivente, elevado que foi à condição de herdeiro necessário”.

b) Se o testador, prevenindo o caso de redução, dispuser que se inteirem, de preferência, certos herdeiros e legatários, a redução far-se-á nos outros quinhões ou legados, observando-se a seu respeito a ordem estabelecida na regra anterior. Isso demonstra que a regra anterior não é de ordem pública, pois cabe previsão em contrário pelo próprio testador, que pode estipular como deve ser feita a redução. Vejamos o exemplo que consta de obra escrita com José Fernando Simão: “se o testador, tendo filho, deixa todo o seu patrimônio distribuído em testamento da seguinte forma: seus bens a seu amigo João (conta bancária de R$ 20.000,00) e suas ações legadas em favor do sobrinho José (que valem R$ 50.000,00). Contudo, determina no testamento que a redução se faça primeiramente no legado. Considerando-se que o total de seu patrimônio é de R$ 70.000,00, a redução será feita assim: caberá a entrega ao filho do testador da importância de R$ 35.000,00 correspondentes às ações legadas que pertenceriam a José, que então receberá apenas R$ 15.000,00. Já com relação ao herdeiro João, como a redução do legado atingiu o valor necessário, a herança lhe será entregue integralmente”.[101]

O Código Civil de 2002 traz ainda regras específicas sobre a redução testamentária quando houver bem imóvel. Nesse contexto de aplicação, prevê o art. 1.968, *caput*, que, quando consistir em prédio divisível o legado sujeito à redução testamentária, far-se-á esta o dividindo proporcionalmente.

Porém, se não for possível a divisão, e o excesso do legado montar a mais de um quarto do valor do prédio, o legatário deixará inteiro na herança o imóvel legado. Em casos tais, o legatário fica com o direito de pedir aos herdeiros o valor que couber na parte disponível. Se o excesso não for de mais de um quarto, aos herdeiros fará tornar em dinheiro o legatário, que ficará com o prédio (art. 1.968, § 1.º, do CC).

Por outra via e para encerrar, se o legatário for ao mesmo tempo herdeiro necessário, poderá inteirar sua legítima no mesmo imóvel, de preferência aos outros, sempre que ela e a parte subsistente do legado lhe absorverem o valor (art. 1.968, § 2.º, do CC).

9.9.10 Da revogação do testamento. Diferenças fundamentais em relação à invalidade

A revogação constitui um ato unilateral de vontade de extinção de um determinado negócio jurídico. Trata-se, portanto, do exercício de um direito potestativo, assegurado pela lei, que se contrapõe a um estado de sujeição. Não se pode esquecer que a revogação do testamento situa-se no plano da sua eficácia (terceiro degrau da *Escada Ponteana*).

Deve ficar claro que a revogação não se confunde com nulidade absoluta ou relativa do testamento, que se situam no seu plano da validade (segundo degrau da *Escada Ponteana*). Além dos

casos de nulidade absoluta previstas entre os arts. 166 e 167 do CC, o testamento será nulo nas hipóteses tratadas pelo art. 1.900 da codificação, antes estudadas. Em relação à nulidade relativa, o testamento será anulável em havendo erro, dolo e coação (art. 1.909 do CC).

Dispõe o art. 1.969 do CC que o testamento pode ser revogado expressamente pelo mesmo modo e forma como pode ser feito. É possível revogar um testamento público ou cerrado por outro testamento particular, e vice-versa, com ampla variação e liberdade de forma na revogação. Conforme leciona Zeno Veloso, a quem se filia, "Não é necessário que se utilize a mesma forma seguida para o testamento anterior".[102] Concluindo desse modo, do Tribunal Paulista, aplicando a vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*):

> "Partilha. Nulidade de partilha cumulada com petição de herança. Herdeiros testamentários que não foram parte no inventário e nem foram contemplados na partilha. Homologação da partilha em desrespeito à disposição testamentária firmada pelo *de cujus*, o que não implica, de modo algum, caducidade do ato jurídico. Possibilidade de revogaçao do testamento apenas por outro testamento, embora elaborado não necessariamente da mesma forma. Herdeiro legítimo que assume comportamento contraditório ('venire contra factum proprium') ao reconhecer a necessidade de retificação do formal de partilha, e posteriormente se opor ao pedido de anulação. Ação procedente. Recurso improvido" (TJSP, Apelação Cível 584.506.4/4, Acórdão 3272433, Santo André, 4.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Eduardo Loureiro, j. 25.09.2008, *DJESP* 17.10.2008).

Quanto ao modo, a revogação do testamento pode ser *expressa*, quando há uma clara declaração de vontade; ou *tácita*, quando houve um novo testamento em claro conflito com o anterior (sobre a última, ver: STJ, REsp 830.791/MG, Rel. Min. Castro Filho, 3.ª Turma, j. 10.04.2007, *DJ* 07.05.2007, p. 320).

Em relação à extensão, a revogação do testamento pode ser *total* ou *parcial* (art. 1.970, *caput*, do CC). Em havendo revogação parcial ou se o testamento posterior não contiver cláusula revogatória expressa, o anterior subsiste em tudo que não for contrário ao posterior.

A revogação produzirá seus efeitos, ainda quando o testamento, que a encerra, vier a caducar por exclusão, incapacidade ou renúncia do herdeiro nele nomeado (art. 1.971 do CC). Porém, não valerá a revogação se o testamento revogatório for anulado por omissão ou infração de solenidades essenciais ou por vícios intrínsecos.

Por fim, a respeito da revogação, o testamento cerrado que o testador abrir ou dilacerar, ou for aberto ou dilacerado com seu consentimento, será tido como revogado (art. 1.972 do CC). Em suma, a lei trata as hipóteses de abertura ou estrago do conteúdo do testamento cerrado como sendo de revogação.

9.9.11 Do rompimento do testamento

De acordo com os ensinamentos de Zeno Veloso, “a ruptura, rupção ou rompimento do testamento é também chamada de revogação presumida, ficta ou legal. (...). Basicamente, o testamento fica roto, cai completamente, não terá efeito algum, quando o testador não tem descendente e lhe sobrevém um descendente sucessível, ou quando o testador tem descendente, mas não sabia que tinha, e o descendente aparece. A rupção é denominada revogação ficta porque seu fundamento é a presunção de que o testador não teria disposto de seus bens, ou, pelo menos não teria decidido daquele modo, se tivesse descendente, ou se não ignorasse a existência do que tinha”.[103] Como se nota, trata-se de mais um instituto que se situa no plano da eficácia do instituto, e não no seu plano da validade.

Nesse sentido, dispõe o art. 1.973 do CC que, “sobrevindo descendente sucessível ao testador, que não o tinha ou não o conhecia quando testou, rompe-se o testamento em todas as suas disposições, se esse descendente sobreviver ao testador”. Deve ficar claro que se o testador já sabia da existência do filho, a norma não se subsume. Assim concluindo, da jurisprudência:

> “Rompimento de testamento. Parte disponível deixada à viúva. Testador que já tinha outros descendentes. Posterior sentença proferida em ação de investigação de paternidade que não provoca a revogação presumida do testamento. Testador que tinha conhecimento prévio da existência do filho, pois contestou a ação antes da lavratura do testamento. Não incidência de revogação presumida do artigo 1.973 do Código Civil. Decisão que determinou o registro e o cumprimento do testamento que se mantém. Recurso não provido” (TJSP, Apelação Cível 449.894.4/8, Acórdão 3297466, Campinas, 4.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Eduardo Loureiro, j. 09.10.2008, *DJESP* 02.12.2008).

Na mesma trilha, do Superior Tribunal de Justiça, cabe destacar julgado do ano de 2013, deduzindo que “o art. 1.973 somente tem incidência se, à época da disposição testamentária, o falecido não tivesse prole ou não a conhecesse, mostrando-se inaplicável na hipótese de o falecido já possuir descendente e sobrevier outro(s) depois da lavratura do testamento. Precedentes desta Corte Superior. Com efeito, a disposição da lei visa a preservar a vontade do testador e, a um só tempo, os interesses de herdeiro superveniente ao testamento que, em razão de uma presunção legal, poderia ser contemplado com uma parcela maior da herança, seja por disposição testamentária, seja por reminiscência de patrimônio não comprometido pelo testamento. Por outro lado, no caso concreto, o descendente superveniente – filho havido fora do casamento – nasceu um ano antes da morte do testador, sendo certo que, se fosse de sua vontade, teria alterado o testamento para contemplar o novo herdeiro, seja apontando-o diretamente como sucessor testamentário, seja deixando mais bens livres para a sucessão hereditária. Ademais, justifica-se o tratamento diferenciado conferido pelo morto aos filhos já existentes – que também não eram decorrentes do casamento com a então inventariante –, porque depois do reconhecimento do filho biológico pelo marido, a viúva pleiteou sua adoção unilateral, o que lhe foi deferido. Assim, era mesmo de supor que os filhos já existentes pudessem receber, em testamento, quinhão que não receberia o filho superveniente, haja vista que se tornou filho (por adoção) da viúva-meeira e também herdeira testamentária” (STJ, REsp 1.169.639/MG,

Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4.ª Turma, j. 11.12.2012, *DJe* 04.02.2013).

Outro aresto da corte, agora com conteúdo bem polêmico, considerou que o testamento não deveria ser rompido no caso de adoção *post mortem* realizado pelo testador. Conforme trecho da ementa, "no caso concreto, o novo herdeiro, que sobreveio, por adoção *post mortem*, já era conhecido do testador que expressamente o contemplou no testamento e ali consignou, também, a sua intenção de adotá-lo. A pretendida incidência absoluta do art. 1.750 do Código Civil de 1916 (art. 1.793 do Código Civil de 2002) em vez de preservar a vontade esclarecida do testador, implicaria a sua frustração. A aplicação do texto da lei não deve violar a razão de ser da norma jurídica que encerra, mas é de se recusar, no caso concreto, a incidência absoluta do dispositivo legal, a fim de se preservar a *mens legis* que justamente inspirou a sua criação" (STJ, REsp 985.093/RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ Acórdão Min. Sidnei Beneti, 3.ª Turma, j. 05.08.2010, *DJe* 24.09.2010).

Ademais, a jurisprudência superior já entendeu que o art. 1.973 do CC não deve ser aplicado quando há o resguardo da legítima de herdeiro:

> "Recurso Especial. Civil e processo civil. Herdeiro neto. Sucessão por representação. Testamento. Ruptura. Art. 1.973 do CC/2002. Não ocorrência. Legado. Direito de acrescer possibilidade. Recurso não conhecido. (...). Com efeito, quando a Lei fala em superveniência de descendente sucessível, como causa determinante da caducidade do testamento, leva em consideração o fato de que seu surgimento altera, por completo, a questão relativa às legítimas. Aqui, tal não ocorreu, já que resguardou-se a legítima do filho e, consequentemente, do neto. 4. Não havendo determinação dos quinhões, subsiste o direito de acrescer ao colegatário, nos termos do artigo 1.712 do Código de 1916. 5. Recurso não conhecido" (STJ, REsp 594.535/SP, 4.ª Turma, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 19.04.2007, *DJU* 28.05.2007, p. 344).

Por igual, rompe-se o testamento feito na ignorância de existirem outros herdeiros necessários, é o caso, por exemplo, de um neto (art. 1.974 do CC).

Existe polêmica a respeito da inclusão do cônjuge nessa regra, uma vez que passou a ser herdeiro necessário pelo Código Civil de 2002.

De início, Zeno Veloso responde positivamente, aduzindo que "deve-se compreender o art. 1.974 como complemento do art. 1.973. Este tratou dos descendentes, e esgotou o assunto. Os outros herdeiros necessários, mencionados no art. 1.974, são, por óbvio, os ascendentes e o cônjuge (art. 1.845). O testamento se rompe se o testador distribuiu os seus bens e não sabia que tinha tais herdeiros, obrigatórios ou forçados, imaginando, p. ex., que eles já tivessem morrido".[104]

Por outra via, José Fernando Simão defende, em obra anteriormente escrita em coautoria, que a resposta seria negativa. Para amparar suas conclusões, cita mensagem eletrônica enviada por Euclides de Oliveira, a respeito de situação fática que aprofunda o assunto: "parece-me que a hipótese não é de rompimento, mas de simples redução testamentária. O rompimento a que alude o art. 1.974 do Código Civil diz com o desconhecimento da existência de pessoa sucessível. Aplica-se,

por exemplo, quando o testador supõe que o pai, desaparecido, esteja morto, quando em verdade permanece vivo. Da mesma forma, se o cônjuge ausente reaparece, então o testamento que omitisse seus direitos como herdeiro necessário estaria rompido, por força da lei, na suposição de que, se o testador soubesse, não teria disposto em benefício de outrem. Ainda que depois, pela mudança do Código, o cônjuge tenha passado a ser herdeiro necessário, tal fato não atinge por inteiro a prévia disposição de última vontade. A solução, portanto, será simplesmente a de reduzir o testamento à parte disponível, nos termos do art. 1.967 do CC, de modo a garantir a legítima que a lei agora manda atribuir ao cônjuge sobrevivo". De fato, essa segunda corrente parece ser mais a correta, até porque há a alternativa da redução testamentária.

A encerrar o estudo do instituto do rompimento do testamento, conforme o art. 1.975 do CC não se rompe o testamento se o testador dispuser da sua metade, não contemplando os herdeiros necessários de cuja existência saiba, ou quando os exclua dessa parte. Preserva-se a vontade do testador que não quis beneficiar determinado herdeiro necessário, é o caso, por exemplo, de um filho. Aplicando a norma, da jurisprudência: "Rompimento de cédula testamentária inadmissível na espécie. Hipótese em que há fortes dados confirmando que o *de cujus* tinha inequívoca ciência da prole, ainda se afirmasse solteiro ao testar. Incidência da norma do artigo 1.975, do Código Civil. Recurso improvido" (TJSP, Agravo de Instrumento 528.596.4/3, Acórdão 3255976, São Paulo, 6.ª Câmara de Direito Privado, Rel.ª Des.ª Isabela Gama de Magalhães, j. 25.09.2008, *DJESP* 29.10.2008).

9.9.12 Do testamenteiro

Para findar a abordagem da sucessão testamentária, cumpre estudar o tema da testamentaria, atribuição exercida pelo testamenteiro. Conforme aponta José de Oliveira Ascensão, "A testamentaria é uma instituição que pode surgir quando a vocação opera por força de testamento. O autor da sucessão pode nomear uma ou mais pessoas que fiquem encarregadas de vigiar o cumprimento do seu testamento ou de o executar, no todo ou em parte".[105] Nesse sentido, é o art. 1.976 do CC/2002, *in verbis*: "O testador pode nomear um ou mais testamenteiros, conjuntos ou separados, para lhe darem cumprimento às disposições de última vontade". Trata-se, portanto, de um *múnus privado*, exercido no interesse dos herdeiros.

A respeito de suas atribuições, preconiza o art. 1.137 do CPC que incumbe ao testamenteiro: *a)* cumprir as obrigações do testamento; *b)* propugnar a validade do testamento (art. 1.981 do CC); *c)* defender a posse dos bens da herança; *d)* requerer ao juiz que lhe conceda os meios necessários para cumprir as disposições testamentárias. Conforme a doutrina, quanto à extensão de sua atuação, duas são as modalidades de testamenteiro:[106]

→ *Testamenteiro universal* – que é aquele que tem a posse e a administração da herança, ou de parte dela, não havendo cônjuge ou herdeiros necessários (art. 1.977 do CC). Em casos tais, qualquer herdeiro pode requerer partilha imediata, ou devolução da herança, habilitando o testamenteiro com os meios necessários para o cumprimento dos legados, ou dando caução de prestá-los. Além disso, presente essa testamentaria universal e plena, incumbe ao testamentário requerer inventário e cumprir o testamento (art. 1.978 do CC).

→ *Testamenteiro particular* – quando a sua atuação restringe-se à mera fiscalização da execução testamentária.

Em qualquer uma das hipóteses, o testamenteiro nomeado, ou qualquer parte interessada, pode requerer, assim como o juiz pode ordenar, de ofício, ao detentor do testamento, que o leve a registro (art. 1.979 do CC). Tal registro, segundo Zeno Veloso, "constitui a formalidade preliminar para que as disposições mortuárias sejam cumpridas ou executadas".[107]

No que concerne aos seus deveres, prevê o art. 1.980 do CC que o testamenteiro é obrigado a cumprir as disposições testamentárias, no prazo marcado pelo testador, e a prestar contas do que recebeu e despendeu, subsistindo sua responsabilidade enquanto durar a execução do testamento. Tal responsabilidade do testamenteiro depende da prova de culpa, sendo uma responsabilidade subjetiva, uma vez que ele assume uma obrigação de meio ou diligência.

Não concedendo o testador prazo maior, o testamenteiro deve cumprir o testamento e prestar contas no prazo de 180 dias, contados da aceitação da testamentaria (art. 1.983, *caput*, do CC e art. 1.135 do CPC). Tal prazo pode ser prorrogado se houver motivo suficiente para tanto, o que deve ser analisado caso a caso pelo juiz (art. 1.983, parágrafo único, do CC).

Admite-se a nomeação de um *testamenteiro dativo*, eis que, na falta de testamenteiro nomeado pelo testador, a execução testamentária compete a um dos cônjuges, e, em falta destes, ao herdeiro nomeado pelo juiz (art. 1.984 do CC). Na esteira da melhor doutrina, deve ser incluído no dispositivo o companheiro com quem o falecido vivia em união estável.[108] Isso, diante da proteção constitucional da união estável (art. 226, § 3.º, da CF/1988).

O exercício da testamentaria é considerado personalíssimo ou *intuito personae*. Por isso, tal encargo não se transmite aos herdeiros do testamenteiro, nem é delegável (art. 1.985 do CC). Porém, o testamenteiro pode fazer-se representar em juízo e fora dele, mediante mandatário com poderes especiais, havendo uma representação convencional.

Também é possível juridicamente a pluralidade de testamenteiros que tenham aceitado o cargo (*testamentaria plural*). Em casos tais, nos termos do art. 1.986 do CC, poderá cada qual exercer o ato, um em falta dos outros (*atuação sucessiva*). Porém, todos ficam solidariamente obrigados a dar conta dos bens que lhes forem confiados. Isso, salvo se cada um tiver, pelo testamento, funções distintas, e a elas se limitar (*atuação fracionária*).

Como retribuição pelo encargo exercido, salvo disposição testamentária em contrário, o testamenteiro, que não seja herdeiro ou legatário, terá direito a um prêmio. Tal prêmio, denominado

como *vintena*, não sendo fixado pelo testador, será de um a cinco por cento, arbitrado pelo juiz, sobre a herança líquida, conforme a importância dela e maior ou menor dificuldade na execução do testamento (art. 1.987, *caput*, do CC e art. 1.138 do CPC). A denominação *vintena* se justifica pelo fato de corresponder, no máximo, à vigésima parte da herança. Tal prêmio arbitrado será pago à conta da parte disponível, quando houver herdeiro necessário (art. 1.987, parágrafo único, do CC). Eventualmente, na prática, o valor fixado pelo testador pode ser aumentado até o limite fixado em lei, de acordo com a atuação do testamenteiro:

> "Agravo de Instrumento. Decisão que fixou a vintena devida ao testamenteiro. Pretendida majoração da verba pelo agravante. Hipótese em que se deve observar o disposto no artigo 1.987 do Código Civil. Majoração parcialmente concedida. Agravo Provido em Parte" (TJSP, Agravo de Instrumento 994.09.271581-0, Acórdão 4447247, São Paulo, 6.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Sebastião Carlos Garcia, j. 15.04.2010, *DJESP* 19.05.2010).

Do mesmo modo, ao testamenteiro poderá ser pago um valor menor ao previsto, se a sua atuação for irregular e insuficiente, conforme já concluiu o STJ:

> "Civil. Sucessões. Testamento. Vintena. Irregular e negligente execução do testamento. – Se é lícito ao Juiz remover o testamenteiro ou determinar a perda do prêmio por não cumprir as disposições testamentárias (CPC, art. 1.140), é-lhe possível arbitrar um valor compatível para remunerar o trabalho irregular e negligente na execução do testamento" (STJ, REsp 418.931/PR, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3.ª Turma, j. 25.04.2006, *DJ* 01.08.2006, p. 430).

Destaque-se que, conforme o dispositivo processual citado no julgado (art. 1.140 do CPC), o testamenteiro será removido e perderá o prêmio se: *a)* lhe forem glosadas as despesas por ilegais ou em discordância com o testamento; *b)* não cumprir as disposições testamentárias. Em casos tais, o prêmio perdido será revertido em proveito da herança (art. 1.989 do CC).

Ainda quanto ao prêmio, o herdeiro ou o legatário nomeado como testamenteiro poderá preferir o prêmio à herança ou ao legado, o que decorre do exercício de sua autonomia privada (art. 1.988 do CC). Somente se efetuará o pagamento da vintena mediante adjudicação de bens se o testamenteiro for seu meeiro, caso do cônjuge (art. 1.139 do CPC).

Por derradeiro, enuncia o art. 1.141 do CPC que o testamenteiro, que quiser demitir-se do encargo, poderá requerer ao juiz a escusa, alegando causa legítima. Ouvidos os interessados e o órgão do Ministério Público, o juiz decidirá de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

9.10 DO INVENTÁRIO E DA PARTILHA

9.10.1 Do inventário. Conceito, modalidades e procedimentos

Para encerrar o presente Capítulo e esta obra, cumpre estudar a instrumentalização concreta do Direito Sucessório, que se dá pelo inventário, pela partilha e por temas correlatos, tratando tanto pela lei privada quanto pela lei processual. Sobre o conceito de inventário, lecionam Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim que "Quando morre uma pessoa deixando bens, abre-se a sucessão e procede-se o inventário, para regular apuração dos bens deixados, com a finalidade de que passem a pertencer legalmente aos seus sucessores. O inventário é o procedimento obrigatório para a atribuição legal dos bens aos sucessores do falecido, mesmo em caso de partilha extrajudicial".[109] Em sentido próximo, esclarece Francisco José Cahali que "O inventário é o meio pelo qual se promove a efetiva transferência da herança e os respectivos herdeiros, embora, no plano jurídico (e fictício, como visto), a transmissão do acervo se opere no exato instante do falecimento".[110]

A respeito da matéria, há um dispositivo inicial no CC/2002, o art. 1.991, segundo o qual: "Desde a assinatura do compromisso até a homologação da partilha, a administração da herança será exercida pelo inventariante". O inventariante é o administrador do *espólio*, conjunto de bens formado com a morte de alguém, que constitui um ente despersonalizado, como visto. Age o inventariante com um *mandato legal*, após a devida nomeação pelo juiz. Os principais procedimentos quanto ao inventário estão previstos no CPC, entre os seus arts. 982 a 1.021. Conforme julgado do Superior Tribunal de Justiça, "o inventariante nada mais é do que, substancialmente, auxiliar do juízo (art. 139 do CC/2002), não podendo ser civilmente preso pelo descumprimento de seus deveres, mas sim destituído por um dos motivos do art. 995 do CC/2002" (STJ, HC 256.793/RN, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 1º.10.2013, publicado no seu *Informativo* n. *531*).

Não se olvide que o art. 982 do CPC foi alterado pela Lei 11.441, de 4 de janeiro de 2007, norma que revolucionou a matéria. Em sua redação original, determinava a norma que se procederia ao inventário judicial, ainda que todas as partes fossem capazes. Nesse contexto, o procedimento judicial de inventário era tido como necessário e obrigatório para a partilha de bens do falecido, mesmo havendo plena capacidade e acordo entre os seus herdeiros.

Com a entrada em vigor da nova lei, o panorama legal alterou-se, de forma contundente e substancial. A nova redação do art. 982 do CPC é a seguinte: "Art. 982. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial; se todos forem capazes e concordes, poderá fazer-se o inventário e a partilha por escritura pública, a qual constituirá título hábil para o registro imobiliário. § 1.º O tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado comum ou advogados de cada uma delas ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial. § 2.º A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei". Desse modo, sendo as partes capazes e inexistindo testamento, poderão os herdeiros optar pelo inventário extrajudicial, que constitui um caminho facultativo e não obrigatório.

Pois bem, no sistema vigente são modalidades de inventário admitidas pelo Direito Brasileiro:

9.10.1.1 *Do inventário judicial*

Conforme se extrai da obra de Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim, três são as espécies de inventário judicial:

> – *Inventário judicial pelo rito tradicional* – tratado nos arts. 982 a 1.030 do CPC.
>
> – *Inventário judicial pelo rito do arrolamento sumário* – previsto no art. 1.031 do CPC, sendo cabível quando todos os interessados forem maiores e capazes, abrangendo bens de quaisquer valores.
>
> – *Inventário judicial pelo rito do arrolamento comum* – constante do art. 1.036 do CPC, sendo cabível quando os bens do espólio forem de valor igual ou menor que 2.000 OTN.[111]

Vejamos de forma pontual.

9.10.1.1.1 Inventário judicial pelo rito tradicional

O art. 983 do CPC enuncia que "o processo de inventário e partilha deve ser aberto dentro de 60 (sessenta) dias a contar da abertura da sucessão, ultimando-se nos 12 (doze) meses subsequentes, podendo o juiz prorrogar tais prazos, de ofício ou a requerimento de parte". Como outrora estudado, a grande crítica que se faz ao dispositivo é que ele não consagra qualquer sanção em caso de descumprimento do mencionado prazo. No entanto, a ausência de previsão não impede que cada Estado institua uma multa como sanção pelo retardamento do início ou da ultimação do inventário, não havendo qualquer inconstitucionalidade na previsão, conforme a Súmula 542 do STF.

A legitimidade para requerer a abertura do inventário e a respectiva partilha consta no art. 987 do CPC, a favor de quem estiver na posse e na administração do espólio. Esse requerimento, por óbvio, será instruído com a certidão de óbito do autor da herança (art. 987, parágrafo único, do CPC). Nos termos do art. 988 do CPC, têm legitimidade concorrente para requerer a abertura do inventário:

> "I – o cônjuge supérstite;
>
> II – o herdeiro;
>
> III – o legatário;
>
> IV – o testamenteiro;
>
> V – o cessionário do herdeiro ou do legatário;
>
> VI – o credor do herdeiro, do legatário ou do autor da herança;
>
> VII – o síndico da falência do herdeiro, do legatário, do autor da herança ou do cônjuge supérstite;
>
> VIII – o Ministério Público, havendo herdeiros incapazes;
>
> IX – a Fazenda Pública, quando tiver interesse".

Apesar da ausência, entende-se que o companheiro ou companheira do falecido tem legitimidade para a abertura do inventário. Ademais, o que se discute, atualmente, é se o companheiro homoafetivo também tem a referida legitimidade.

Caso nenhuma das pessoas mencionadas nos últimos dispositivos requeira a abertura do inventário no prazo legal, o juiz poderá fazê-lo de ofício (art. 989 do CPC). A respeito dessa abertura de ofício, já decidiu o STJ: "Civil. Inventário. Abertura *ex officio*. Arts. 987 e 988 do CPC. Ao tomar conhecimento de que ultrapassado o prazo (art. 983 do CPC) ninguém requereu a abertura do inventário, o juiz deve fazê-lo de ofício. A norma do art. 989 do CPC é imperativa" (STJ, REsp 515.034/RS, 3.ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 08.03.2007, *DJ* 26.03.2007, p. 231).

Como visto, o administrador do inventário é denominado *inventariante*. Até que o inventariante preste o compromisso, continuará o espólio na posse do administrador provisório nomeado pelo juiz (art. 985 do CPC). Repise-se que o inventariante representa ativa e passivamente o espólio, sendo obrigado a trazer ao acervo os frutos que desde a abertura da sucessão foram percebidos. Além disso, tem o administrador direito ao reembolso das despesas necessárias e úteis que fez na administração, respondendo pelo dano a que, por dolo ou culpa, der causa quando da sua atuação (art. 986 do CPC). Percebe-se que a responsabilidade do inventariante depende da prova de culpa, sendo, portanto, hipótese de responsabilidade subjetiva. O tratamento do administrador é o mesmo previsto para um possuidor de boa-fé, uma vez que ele exerce um mandato legal, por nomeação do juiz da causa.

O art. 990 do CPC enuncia as pessoas que podem ser nomeadas pelo juiz como inventariante, a saber:

a) O cônjuge ou companheiro sobrevivente, desde que estivesse convivendo com o outro ao tempo da morte deste.
b) O herdeiro que se achar na posse e administração do espólio, se não houver cônjuge ou companheiro sobrevivente ou estes não puderem ser nomeados.
c) Qualquer herdeiro, nenhum estando na posse e administração do espólio.
d) O testamenteiro, se lhe foi confiada a administração do espólio ou toda a herança estiver distribuída em legados.
e) O inventariante judicial, se houver, figura que tem pouca aplicação entre nós.
f) Pessoa estranha idônea, onde não houver inventariante judicial (inventariante dativo).

O dispositivo em questão foi alterado pela Lei 12.195, de 2010, que trouxe duas interessantes mudanças. A primeira é aquela que extirpou do CPC a regra pela qual apenas seria nomeado inventariante o cônjuge casado pelo regime da comunhão de bens. A mudança é curiosa, mas tem sua razão de ser. Pelas regras sucessórias atuais, ainda que o cônjuge seja casado pelo regime da

separação convencional de bens, e inexista meação, poderá ser herdeiro em concorrência com os descendentes, nos termos do art. 1.829, I, do CC/2002. A segunda modificação é aquela que acrescentou o companheiro ao rol de possíveis inventariantes. Mesmo antes da alteração legal, em razão da proteção constitucional da união estável constante do art. 226, § 3.º, da CF/1988, já lhe era garantido tal direito pela doutrina e pela jurisprudência, que, agora, passa a ser reconhecido pela lei ordinária. Por óbvio que o Estatuto Processual estava desatualizado, uma vez que elaborado em período anterior ao reconhecimento da união estável como entidade familiar.

Anote-se que, seguindo a tendência de proteção de novas entidades familiares, a jurisprudência já reconhece como inventariante o companheiro homoafetivo. Nesse sentido, cumpre transcrever:

> "Arrolamento de bens. União homoafetiva. Companheiro que quer ser nomeado inventariante. Cabimento. Inexistência de ascendentes, descendentes ou herdeiros conhecidos até o 4.º grau. Farta prova documental carreada, inclusive com declaração de convivência de longa data. Presunção legal de que melhor inventariante é aquele que tem a posse e administra os bens, conhecendo mais profundamente o estado do patrimônio. Agravo a que se dá provimento" (TJSP, Agravo de Instrumento 586.511.4/1, Acórdão 3244598, São Paulo, 6.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Albano Nogueira, j. 18.09.2008, *DJESP* 08.10.2008).

> "Sucessões. Inventário. Agravo de instrumento. *União homoafetiva*. Nomeação do sedizente companheiro como inventariante. Possibilidade no caso concreto. Ainda que a alegada *união homoafetiva* mantida entre o recorrente e o *de cujus* dependa do reconhecimento na via própria, ante a discordância da herdeira ascendente, o sedizente companheiro pode ser nomeado inventariante por se encontrar na posse e administração consentida dos bens inventariados, além de gozar de boa reputação e confiança entre os diretamente interessados na sucessão. Deve-se ter presente que inventariante é a pessoa física a quem é atribuído o múnus de representar o espólio, zelar pelos bens que o compõem, administrá-lo e praticar todos os atos processuais necessários para que o inventário se ultime, em atenção também ao interesse público. Tarefa que, pelos indícios colhidos, será mais eficientemente exercida pelo recorrente. Consagrado o entendimento segundo o qual a ordem legal de nomeação do inventariante (art. 990, CPC) pode ser relativizada quando assim o exigir o caso concreto. Ausência de risco de dilapidação do patrimônio inventariado. Recurso provido (art. 557, § 1.º-A, CPC)" (TJRS, Agravo de Instrumento 70022651475, 7.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Maria Berenice Dias, j. 19.12.2007).

Pois bem, há quem entenda que o art. 990 do CPC traz uma ordem que deve ser respeitada pelo magistrado.[112] Por esse caminho, não cabe nomeação aleatória pelo juiz da causa, pois a norma supostamente presume que as pessoas constantes do dispositivo são, pela ordem, as mais indicadas para assumir o encargo. Todavia, com razão, a jurisprudência superior já se pronunciou no sentido de não ser a ordem citada absoluta:

> "Inventário. Nomeação de inventariante. Alegação de ofensa ao art. 990 do Código de Processo Civil. Impugnação formulada por um dos herdeiros do *de cujus* à pessoa nomeada, cessionário de direitos hereditários e dela credor por vultosa soma. Matéria fático-probatória. Recurso especial inadmissível. A ordem prevista no art. 990 do CPC não é absoluta, podendo ser alterada em situação de fato excepcional. Em sede de recurso especial não se reexamina matéria fático-probatória. Incidência da Súmula 7-STJ. Recurso especial não conhecido" (STJ, REsp 402.891/RJ, 4.ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 1.º.03.2005).

A premissa de quebra da ordem foi confirmada em julgado mais recente, assim publicado no *Informativo* n. *373 do STJ*, em caso envolvendo nomeação de inventariante dativo:

> "Nomeação. Inventariante dativo. Noticiam os autos que a justificativa para a nomeação de inventariante dativo foi a animosidade entre as partes: de um lado a viúva, casada sob regime de comunhão universal de bens e, até então, única filha conhecida do falecido; do outro, o recém-descoberto filho menor, possível herdeiro, representado pela mãe. Apontam que tal animosidade é compreensível e até mesmo esperada, assim como o questionamento quanto à filiação do menor, uma vez que a esposa e a filha só souberam da existência do filho a partir de observação na certidão de óbito lançada em função da apresentação da certidão de nascimento do menor, em que o ora falecido anteriormente o reconhecera como filho. Questiona o REsp se houve violação à ordem legal de nomeação de inventariante conforme prevista no art. 990 do CPC. Isso posto, a Min. Relatora observa que este Tribunal já definiu não ter caráter absoluto aquela ordem para nomeação de inventariante, podendo ser alterada em situação de fato excepcional, quando o juiz tiver fundadas razões para tanto, como no caso de existência de litigiosidade entre partes. Diante do exposto, a Turma não conheceu do recurso, pois a firme convicção do juízo formada a partir dos elementos fáticos do processo veda o reexame em REsp (Súm. n. 7-STJ). Precedentes citados: REsp 402.891-RJ, DJ 2/5/2005; REsp 283.994-SP, DJ 7/5/2001, e REsp 88.296-SP, DJ 8/2/1999" (STJ, REsp 1.055.633-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 21.10.2008).

O inventariante, intimado da nomeação, prestará, dentro de cinco dias, o compromisso de bem e fielmente desempenhar o cargo (art. 990, parágrafo único, do CPC). No tocante às suas atribuições, dispõe o art. 12, V, do CPC que o inventariante deve representar ativa e passivamente o espólio. Em complemento, o art. 991 do Estatuto Processual em vigor traz essa e outras incumbências ao inventariante, a saber:

a) representar o espólio ativa e passivamente, em juízo ou fora dele, observando-se, quanto ao dativo, o disposto no art. 12, § 1.º, do CPC;
b) administrar o espólio, velando-lhe os bens com a mesma diligência como se seus fossem;
c) prestar as primeiras e últimas declarações pessoalmente ou por procurador com poderes especiais;
d) exibir em cartório, a qualquer tempo, para exame das partes, os documentos relativos ao espólio;
e) juntar aos autos certidão do testamento, se houver;
f) trazer à colação os bens recebidos pelo herdeiro ausente, renunciante ou excluído;
g) prestar contas de sua gestão ao deixar o cargo ou sempre que o juiz lhe determinar;
h) requerer a declaração de insolvência do falecido, se for o caso.

O art. 992 do CPC lista outras incumbências do inventariante, que necessitam, no entanto, de autorização do juiz da causa e da oitiva dos interessados, sob pena de nulidade absoluta do ato.[113] Esses atos são: *a)* alienação de bens de qualquer espécie; *b)* transação em juízo ou fora dele; *c)* pagamento de dívidas do espólio; *d)* pagamento das despesas necessárias para a conservação e o melhoramento dos bens do espólio.

Seguindo na análise dos procedimentos relacionados com o inventário, enuncia o art. 993 do CPC que dentro de 20 dias, contados da data em que prestou o compromisso, fará o inventariante as

primeiras declarações, das quais se lavrará termo circunstanciado. O dispositivo determina ainda que no termo, assinado pelo juiz, escrivão e inventariante, serão exarados:

I – o nome, estado, idade e domicílio do autor da herança, dia e lugar em que faleceu, bem ainda se deixou testamento;

II – o nome, estado, idade e residência dos herdeiros e, havendo cônjuge supérstite, o regime de bens do casamento;

III – a qualidade dos herdeiros e o grau de seu parentesco com o inventariado;

IV – a relação completa e individuada de todos os bens do espólio e dos alheios que nele forem encontrados, descrevendo-se:

a) os imóveis, com as suas especificações, nomeadamente local em que se encontram, extensão da área, limites, confrontações, benfeitorias, origem dos títulos, números das transcrições aquisitivas e ônus que os gravam;

b) os móveis, com os sinais característicos;

c) os semoventes, seu número, espécies, marcas e sinais distintivos;

d) o dinheiro, as joias, os objetos de ouro e prata, e as pedras preciosas, declarando-se-lhes especificadamente a qualidade, o peso e a importância;

e) os títulos da dívida pública, bem como as ações, cotas e títulos de sociedade, mencionando-se-lhes o número, o valor e a data;

f) as dívidas ativas e passivas, indicando-se-lhes as datas, títulos, origem da obrigação, bem como os nomes dos credores e dos devedores;

g) direitos e ações;

h) o valor corrente de cada um dos bens do espólio.

A relação é bem detalhada pela lei, e deve ser respeitada para que o processamento do inventário tenha correto seguimento, sem qualquer nulidade processual. Em tal processamento, enuncia o parágrafo único do art. 993 do CPC que o juiz determinará que se proceda ao balanço do estabelecimento, se o autor da herança era comerciante em nome individual; e à apuração de haveres, se o autor da herança era sócio de sociedade não anônima.

Como primeira penalidade contra o inventariante, no que concerne à pena de sonegados, expressa o art. 994 do CPC que "só se pode arguir de sonegação ao inventariante depois de encerrada a descrição dos bens, com a declaração, por ele feita, de não existirem outros por inventariar". Como se sabe, quando for citado, nos termos do art. 999 do CPC, o inventariante herdeiro terá a oportunidade de informar e descrever quais os bens do falecido que estão na sua posse. Se assim não o fizer, estará sujeito às penas legais, que ainda serão abordadas.

O art. 995 do CPC trata das hipóteses em que o inventariante pode ser removido. A primeira situação de remoção ocorre se não prestar, no prazo legal, as primeiras e as últimas declarações. A segunda ocorre se não der ao inventário andamento regular, suscitando dúvidas infundadas ou praticando atos meramente protelatórios. O terceiro caso de remoção ocorre se, por culpa sua, se deteriorarem, forem dilapidados ou sofrerem danos os bens do espólio. Também será removido o inventariante que não defender o espólio nas ações em que for citado, deixar de cobrar dívidas ativas

ou não promover as medidas necessárias para evitar o perecimento de direitos. O quinto caso de remoção está presente quando o inventariante não presta contas ou se aquelas que ele prestar não forem julgadas boas. Por fim, haverá remoção do inventariante se ele sonegar, ocultar ou desviar bens do espólio. Anote-se que a jurisprudência do STJ admite a remoção do inventariante de ofício pelo juiz (STJ, REsp 539.898/MA, 3.ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 29.03.2005, *DJ* 06.06.2005, p. 318).

Mesmo sendo admitida essa remoção de ofício pela jurisprudência, o CPC consagra procedimentos para que esta ocorra. Primeiramente, requerida a remoção com fundamento em quaisquer dos motivos elencados, o inventariante será intimado para, no prazo de cinco dias, defender-se e produzir provas (art. 996). Vale dizer que o incidente da remoção correrá em apenso aos autos do inventário (art. 996, parágrafo único, do CPC). Decorrido o prazo, com ou sem a defesa do inventariante, o juiz decidirá (art. 997 do CPC). Se remover o inventariante, o juiz nomeará outro, observada a ordem estabelecida no art. 990 do CPC, já analisado. Mesmo diante do teor da ementa transcrita, percebe-se que o contraditório deve ser instituído no processo de remoção do inventariante.

Decidindo pela remoção, o inventariante entregará imediatamente ao substituto os bens do espólio (art. 998 do CPC). No entanto, se deixar de fazê-lo, será compelido mediante mandado de busca e apreensão, no caso de bens móveis, ou de imissão na posse, no caso de bens imóveis.

Dando continuidade ao estudo do procedimento de inventário, apresentadas as primeiras declarações, o juiz mandará citar, para os termos do inventário e partilha, o cônjuge, os herdeiros, os legatários, a Fazenda Pública, o Ministério Público, se houver herdeiro incapaz ou ausente, e o testamenteiro, se o finado deixou testamento (art. 999, *caput*, do CPC).

Quanto à forma de citação, serão citadas por oficial de justiça somente as pessoas domiciliadas na comarca por onde corre o inventário ou que aí foram encontradas. Por outra via, serão citadas por edital, com o prazo de 20 a 60 dias, todas as demais, residentes assim no Brasil como no estrangeiro (art. 999, § 1.º, do CPC). Em alguns casos em que não há a manifestação do herdeiro, sem que se possa concluir pela aceitação ou recusa, a jurisprudência tem admitido a nomeação de um curador especial e provisório:

> "Citação. Edital. Inventário. Ausência de manifestação das legatárias. Comunicação havida entre as duas legatárias e a advogada do antigo testamento que não permite concluir pela aceitação ou recusa do legado por não aceitação do encargo. Necessidade de nomeação de curador especial que deve ser estendida na espécie. Art. 9.º, II, do Código de Processo Civil. Recurso provido em parte, dispensada a expedição de carta rogatória, devendo ser nomeado curador especial às legatárias citadas por edital" (TJSP, Agravo de Instrumento 315.142-4/4-São Paulo, 1.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Elliot Akel, j. 02.03.2004, v.u.).

Mais recentemente, o STF debateu a constitucionalidade da norma, assim concluindo, conforme

o seu *Informativo* n. *523*:

> "O Tribunal, por maioria, desproveu recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, e declarou a constitucionalidade do art. 999, § 1.º, do CPC ['Art. 999. Feitas as primeiras declarações, o juiz mandará citar, para os termos do inventário e partilha, o cônjuge, os herdeiros, os legatários, a Fazenda Pública, o Ministério Público, se houver herdeiro incapaz ou ausente, e o testamenteiro, se o finado deixou testamento. § 1.º Citar-se-ão, conforme o disposto nos arts. 224 a 230, somente as pessoas domiciliadas na comarca por onde corre o inventário ou que aí foram encontradas; e por edital, com o prazo de 20 (vinte) a 60 (sessenta) dias, todas as demais, residentes, assim no Brasil como no estrangeiro.']. O acórdão recorrido reputara válida a citação, por edital, de herdeiro e de seu cônjuge domiciliados em comarca diversa daquela em que processado o inventário. Os recorrentes alegavam que não deveriam ter sido citados por esse modo, haja vista possuírem endereço certo, e sustentavam ofensa aos princípios da isonomia, da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal no reconhecimento da constitucionalidade do referido dispositivo – v. *Informativo* n. *521*. Salientando tratar-se de dispositivo vetusto, que já constava do Código de Processo Civil anterior, entendeu-se que a citação por edital em processo de inventário seria perfeitamente factível, até mesmo para se acelerar a prestação jurisdicional. Ressaltou-se, também, que qualquer irregularidade poderia ser enfrentada nas instâncias ordinárias. Vencido o Min. Marco Aurélio, que dava provimento ao recurso e assentava a inconstitucionalidade do art. 999, § 1.º, do CPC, ao fundamento de que o inventário se processa sob o ângulo da jurisdição voluntária, mas, a partir do momento em que a legislação indica o necessário conhecimento de herdeiros, sabendo-se quem eles são e onde estão, a ciência não poderia ser ficta, e sim realizada por meio de carta precatória, sob pena de se colocar em segundo plano a regra segundo a qual se deve, tanto quanto possível, promover a ciência de fato quanto ao curso do processo de inventário. Vencido, também, o Min. Celso de Mello, que acompanhava a divergência, e afirmava que a citação ficta, mediante edital, teria caráter excepcional e não viabilizaria o exercício pleno do direito ao contraditório" (STF, RE 552.598/RN, Rel. Min. Menezes Direito, 08.10.2008).

Ainda no que interessa aos procedimentos da citação, preconiza o § 2.º do art. 999 do CPC que das primeiras declarações extrair-se-ão tantas cópias quantas forem as partes. Essa exigência tem por objetivo facilitar a citação, sendo certo que o oficial de justiça, ao proceder a ela, entregará um exemplar a cada parte (art. 999, § 3.º, do CPC). No que tange à Fazenda Pública, ao Ministério Público e eventual testamenteiro, incumbe ao escrivão remeter cópias dos autos (art. 999, § 4.º, do CPC). A última regra do mesmo modo vale para o advogado da parte que já estiver representada nos autos, visando a dar mais agilidade ao processamento do inventário.

Concluídas as citações, abrir-se-á vista às partes, em cartório e pelo prazo comum de dez dias, para se manifestarem sobre as primeiras declarações (art. 1.000 do CPC). Nesse caso, cabe à parte do processo de inventário arguir erros e omissões, reclamar contra a nomeação do inventariante e contestar a qualidade de quem foi incluído no título de herdeiro.

Em havendo impugnação quanto a erros e omissões, e julgada esta procedente, o juiz mandará retificar as primeiras declarações. Se o juiz acolher o pedido de reclamação da nomeação do inventariante, nomeará outro, observada a preferência legal do art. 990 do CPC. Por fim, verificando que a disputa sobre a qualidade de herdeiro constitui matéria de *alta indagação*, remeterá a parte para os meios ordinários e sobrestará, até o julgamento da ação, a entrega do quinhão que na partilha couber ao herdeiro admitido (art. 1.000 do CPC). Para a jurisprudência, as questões de alta

indagação são aquelas que dependem de provas complexas, que não podem ser produzidas e decididas no juízo de inventário. Essas são as questões que não se enquadram no art. 984 do CPC, pelo qual o juiz do inventário decidirá todas as questões de direito e também as de fato, quando este se achar provado por documento, só remetendo para os meios ordinários as que demandarem alta indagação ou dependerem de outras provas. A exemplificar a incidência das normas, da jurisprudência superior:

> "Processual Civil. Sentença declaratória de parcial procedência de nulidade de doação. Liquidação. Impropriedade da via. Art. 984 do CPC. Questões afeitas ao juízo do inventário. (...). A sentença que se pretende liquidar possui natureza eminentemente declaratória, apenas reconhecendo a nulidade da doação realizada pelo *de cujus*. No caso, a sobrepartilha deverá recair sobre parte da 'biblioteca pessoal e direitos autorais' do autor da herança, sendo que em relação à primeira, diante de eventual desacordo entre os herdeiros – legítimos e testamentários –, chega-se facilmente ao seu valor mediante avaliação oficial, e, em relação aos direitos autorais, inclusive os frutos eventualmente percebidos pela donatária, é o caso de prova documental e de colação, matérias absolutamente afeitas ao juízo do inventário. Cabe ao juízo do inventário decidir, nos termos do art. 984 do CPC, 'todas as questões de direito e também as questões de fato, quando este se achar provado por documento, só remetendo para os meios ordinários as que demandarem alta indagação ou dependerem de outras provas', entendidas como de 'alta indagação' aquelas questões que não puderem ser provadas nos autos do inventário. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido" (STJ, REsp 450.951/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4.ª Turma, j. 23.03.2010, *DJe* 12.04.2010).

Ilustrando, a existência ou não de uma união estável com o falecido é geralmente tida como questão de alta indagação (nesse sentido, por exemplo: TJSP, Agravo de Instrumento 990.10.137818-3, Acórdão 4648928, Guarulhos, 8.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Caetano Lagrasta, j. 18.08.2010, *DJESP* 07.10.2010; TJPR, Agravo de Instrumento 0646498-8, Curitiba, 11.ª Câmara Cível, Rel. Des. Mendonça de Anunciação, *DJPR* 16.06.2010, p. 275; TJRS, Agravo de Instrumento 70033625732, Canoas, 7.ª Câmara Cível, Rel. Des. André Luiz Planella Villarinho, j. 02.12.2009, *DJERS* 11.12.2009, p. 74 e TJMG, Agravo 1.0701.06.162106-9/001, Uberaba, 7.ª Câmara Cível, Rel.ª Des.ª Heloisa Combat, j. 24.07.2007, *DJMG* 12.09.2007).

Ainda a exemplificar, o Tribunal Paulista entendeu recentemente tratar-se de questão de alta indagação a existência de vários bens do falecido a colacionar:

> "Inventário. Colação. Decisão que remete as partes às vias ordinárias. Inconformismo do espólio. Desacolhimento. Presença de diversos herdeiros em litígio e extensa relação de bens diversificados a colacionar. Questão de alta indagação. Aplicação do art. 1.016, § 2.º, do CPC. Recurso desprovido" (TJSP, Agravo de Instrumento 994.09.290351-4, Acórdão 4492421, Franca, 9.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Grava Brasil, j. 11.05.2010, *DJESP* 13.07.2010).

Por fim, a respeito das concreções, do Tribunal Mineiro, destaca-se acórdão que concluiu que questões contratuais relativas ao falecido são de alta indagação, não podendo ser debatidas em sede de inventário:

"Conflito negativo de competência. Busca e apreensão de bem dado em garantia fiduciária. Bem e dívida relacionados no procedimento de inventário. Relação contratual. Questão de alta indagação. Competência do juízo suscitado. O procedimento de inventário se presta à distribuição de quinhões hereditários já previamente acertada não havendo espaço para acertamento de direito material, de alta indagação, que deve ser levado às vias ordinárias. Revela de alta indagação, porque reclama a produção de provas, a relação jurídica que diz respeito à propriedade e adimplemento de contrato, mesmo que o bem dado em garantia fiduciária e a respectiva dívida constem das declarações do inventário. Firmada a competência do suscitado, juiz da 3.ª Vara Cível da Comarca de Divinópolis" (TJMG, Conflito de Competência 1.0000.08.482284-0/0001, Divinópolis, 16.ª Câmara Cível, Rel. Des. Sebastião Pereira de Souza, j. 11.03.2009, *DJEMG* 17.04.2009).

O art. 1.001 do CPC trata da habilitação de crédito a favor de pessoa que tem direito sobre o inventário e que nele foi preterido. Enuncia o comando legal que "aquele que se julgar preterido poderá demandar a sua admissão no inventário, requerendo-o antes da partilha. Ouvidas as partes no prazo de 10 (dez) dias, o juiz decidirá. Se não acolher o pedido, remeterá o requerente para os meios ordinários, mandando reservar, em poder do inventariante, o quinhão do herdeiro excluído até que se decida o litígio". A norma tem incidência na hipótese da companheira que se habilita no inventário, suspendendo-se o processo até que a questão seja decidida em ação própria (nesse sentido: TJSP, Agravo de Instrumento 990.10.185054-0, Acórdão 4644651, São Paulo, 6.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Paulo Alcides, j. 12.08.2010, *DJESP* 23.09.2010).

A encerrar essa fase, preconiza o art. 1.002 do CPC que a Fazenda Pública, no prazo de 20 dias, após a vista para a manifestação quanto às primeiras declarações, informará ao juízo, de acordo com os dados que constam de seu cadastro imobiliário, o valor dos bens de raiz descritos nas primeiras declarações. Depois dessa previsão, o CPC traz regras quanto à avaliação dos bens e ao cálculo do imposto (arts. 1.003 a 1.013).

De início, findo o prazo de dez dias para a manifestação quanto às primeiras declarações e não havendo qualquer impugnação ou já decidida a que tiver sido oposta, o juiz nomeará um perito para avaliar os bens do espólio se não houver na comarca avaliador judicial (art. 1.003 do CPC). Anotam Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, com razão, que essa avaliação é dispensada, do ponto de vista fiscal, "quando já há prova do valor dos bens cadastrados pelo poder público municipal para fim de cobrança de IPTU".[114] Determina a lei, ato contínuo, que, nos casos envolvendo estabelecimento comercial ou empresarial, o juiz nomeará um contador para levantar o balanço ou apurar os haveres (art. 1.003, parágrafo único, do CPC).

Quanto aos procedimentos da avaliação, o perito deve seguir, no que forem aplicáveis, as regras previstas nos arts. 681 a 683 do CPC. É o que determina o art. 1.004 do mesmo Estatuto Processual. Vejamos as regras mencionadas no último dispositivo processual. O art. 681 do CPC prevê que o laudo do avaliador, que será apresentado em dez dias, conterá: *a)* a descrição dos bens, com os seus característicos, e a indicação do estado em que se encontram; *b)* o valor dos bens. No tocante a eventual imóvel que for suscetível de divisão cômoda, o avaliador, tendo em conta o crédito reclamado, o avaliará em partes, sugerindo os possíveis desmembramentos (art. 681,

parágrafo único, do CPC).

Em casos de títulos da dívida pública, de ações de sociedades e de títulos de crédito negociáveis em bolsa, o valor a ser fixado será o da cotação oficial do dia, provada por certidão ou publicação no órgão oficial (art. 682 do CPC). Como o avaliador é dotado de fé pública, a regra é a não repetição da avaliação. Entretanto, essa regra comporta exceções, pois o art. 683 do CPC trata da possibilidade de repetição quando: *a)* se provar erro ou dolo do avaliador; *b)* se verificar, posteriormente à avaliação, que houve diminuição do valor dos bens; *c)* houver fundada dúvida sobre o valor atribuído ao bem. Em sentido quase semelhante, aliás, é o art. 1.010 do CPC, quanto ao inventário. Vale dizer que, em casos de maior gravidade, pode ser requerida até a substituição do avaliador, inclusive em processo de inventário.

Seguindo na análise da avaliação dos bens, o herdeiro que requerer, durante a avaliação, a presença do juiz e do escrivão, paga as despesas da diligência (art. 1.005 do CPC).

Não se expedirá carta precatória para a avaliação de bens situados fora da comarca por onde corre o inventário se eles forem de pequeno valor ou perfeitamente conhecidos do perito nomeado (art. 1.006 do CPC). A norma tem a sua razão de ser, para uma maior agilidade ao processo de inventário, já que, na grande maioria das vezes, as partes ou herdeiros estão muito ansiosos pelo seu fim. Em razão do pequeno valor, a demorada expedição da precatória traria mais ônus que benefícios aos interessados.

Também visando à facilitação e à agilidade do procedimento, preconiza o art. 1.007 do CPC que, sendo capazes todas as partes, não se procederá à avaliação se a Fazenda Pública concordar expressamente com o valor atribuído, nas primeiras declarações, aos bens do espólio. Se os herdeiros concordarem com o valor dos bens declarados pela Fazenda Pública, a avaliação cingir-se-á aos demais, no caso, aos bens móveis (art. 1.008 do CPC).

Entregue o laudo de avaliação, o juiz mandará que sobre ele se manifestem as partes no prazo de dez dias, que correrá em cartório (art. 1.009 do CPC). É comum que as partes envolvidas com o inventário requeiram esclarecimentos ao perito avaliador. Os parágrafos do comando legal trazem outros detalhamentos importantes. Em primeiro lugar, havendo impugnação quanto ao valor atribuído aos bens pelo perito, o juiz a decidirá de plano, à vista do que constar dos autos (art. 1.009, § 1.º, do CPC). Julgando procedente a impugnação, determinará o juiz que o perito retifique a avaliação, observando os fundamentos da decisão (art. 1.009, § 2.º, do CPC). Sendo aceito o laudo pelas partes, ou sendo resolvidas as impugnações suscitadas a seu respeito, lavrar-se-á em seguida o termo de últimas declarações, no qual o inventariante poderá emendar, aditar ou completar as primeiras (art. 1.011 do CPC). Ouvidas as partes sobre as últimas declarações no prazo comum de dez dias, proceder-se-á ao cálculo do imposto, que varia de acordo com a legislação específica de cada Estado (art. 1.012 do CPC).

Encerrando essa fase, feito o cálculo, sobre ele serão ouvidas todas as partes no prazo comum de cinco dias, que correrá em cartório e, em seguida, a Fazenda Pública (art. 1.013 do CPC). Se houver impugnação julgada procedente, ordenará o juiz novamente a remessa dos autos ao contador, determinando as alterações que devam ser feitas no cálculo (art. 1.013, § 1.º, do CPC). Cumprido o despacho, o juiz julgará o cálculo do imposto (art. 1.013, § 2.º, do CPC). Após, seguem o recolhimento de imposto e das custas e a partilha.

Por fim, note-se que, em razão de lei especial (art. 1.º da Lei 6.858/1980 e art. 1.º, parágrafo único, I, do Decreto 85.845/1981), o pagamento dos valores devidos ao empregado é pago aos sucessores independentemente de inventário ou arrolamento. Em suma, em se tratando de verbas trabalhistas, os valores podem ser partilhados entre os herdeiros diretamente pelo juízo do Trabalho, independentemente do inventário na esfera cível.

9.10.1.1.2 Inventário judicial pelo rito sumário

Quanto ao *arrolamento sumário*, determina o art. 1.031 do CPC, com a nova redação dada pela Lei 11.441/2007:

> "Art. 1.031. A partilha amigável, celebrada entre partes capazes, nos termos do art. 2.015 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, será homologada de plano pelo juiz, mediante a prova da quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas, com observância dos arts. 1.032 a 1.035 desta Lei.
>
> § 1.º O disposto neste artigo aplica-se, também, ao pedido de adjudicação, quando houver herdeiro único.
>
> § 2.º Transitada em julgado a sentença de homologação de partilha ou adjudicação, o respectivo formal, bem como os alvarás referentes aos bens por ele abrangidos, só serão expedidos e entregues às partes após a comprovação, verificada pela Fazenda Pública, do pagamento de todos os tributos".

Como o artigo em questão fazia remissão ao art. 1.773 do Código Civil de 1916, a Lei 11.441, de 4 de janeiro de 2007, apenas alterou sua redação para que se faça remissão ao artigo correspondente, qual seja, o 2.015 do Código Civil de 2002. Frise-se que não há mudança no conteúdo da norma, mas simples adequação ao CC/2002. Enuncia o art. 2.015 da codificação privada que "Se os herdeiros forem capazes, poderão fazer partilha amigável, por escritura pública, termo nos autos do inventário, ou escrito particular, homologado pelo juiz".

Conforme as lições de Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim, o arrolamento sumário é uma forma abreviada de inventário e partilha de bens, havendo concordância de todos os herdeiros, desde que maiores e capazes. Ainda de acordo com os juristas, não importa em tal forma de inventário os valores dos bens a serem partilhados, mas sim o acordo entre as partes envolvidas.[115]

O procedimento, como o próprio nome já diz, é sumário, para uma maior celeridade na partilha de bens. Demonstrando esse intuito célere, dispõe o art. 1.032 do CPC que os herdeiros, na inicial:

a) requererão ao juiz a nomeação do inventariante que designarem; *b)* declararão os títulos dos herdeiros e os bens do espólio; *c)* atribuirão o valor dos bens do espólio, para fins de partilha.

Em regra, o arrolamento sumário não comporta a avaliação de bens do espólio para qualquer finalidade (art. 1.033 do CPC). A única ressalva feita pelo dispositivo refere-se à avaliação da reserva de bens (art. 1.035 do CPC). Ainda para uma maior simplicidade ou facilitação, no *arrolamento sumário* não serão conhecidas ou apreciadas questões relativas ao lançamento, ao pagamento ou à quitação de taxas judiciárias e de tributos incidentes sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio (art. 1.034 do CPC). Aplicando a última norma, da recente jurisprudência superior:

> "Processo civil. Tributário. Agravo regimental. Arrolamento. Imposto de transmissão *causa mortis*. Entrega de documentos à receita estadual. Inexigibilidade. Artigos 1.031 e 1.034 do CPC. 1. Não se admite questionamento pela Fazenda Estadual acerca do pagamento de tributos relativos à transmissão quando a hipótese for de arrolamento, procedimento de rito sumário. 2. Agravo regimental não provido" (STJ, AgRg-REsp 869.191/SP, 2.ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 16.03.2010, *DJE* 30.03.2010).

A taxa judiciária, se devida, será calculada com base no valor atribuído pelos herdeiros, cabendo ao fisco, se apurar em processo administrativo valor diverso do estimado, exigir a eventual diferença pelos meios adequados ao lançamento de créditos tributários em geral (art. 1.034, § 1.º, do CPC). O imposto de transmissão será objeto de lançamento administrativo, conforme dispuser a legislação tributária, não ficando as autoridades fazendárias adstritas aos valores dos bens do espólio atribuídos pelos herdeiros (art. 1.034, § 2.º, do CPC).

Por fim, a encerrar os procedimentos, determina o art. 1.035 do CPC que a existência de credores do espólio não impedirá a homologação da partilha ou da adjudicação, se forem reservados bens suficientes para o pagamento da dívida. Essa reserva de bens será realizada pelo valor estimado pelas partes, salvo se o credor, regularmente notificado, impugnar a estimativa. Nesse último caso é que deverá ser realizada a única forma de avaliação admitida no arrolamento sumário (art. 1.035, parágrafo único, do CPC).

9.10.1.1.3 Inventário judicial pelo rito do arrolamento comum

O *arrolamento comum* é disciplinado pelo art. 1.036 do CPC, prevendo o *caput* desse dispositivo que, quando o valor dos bens do espólio for igual ou inferior a 2.000 Obrigações do Tesouro Nacional – OTN, o inventário processar-se-á na forma de arrolamento. Nesse caso, cabe ao inventariante nomeado, independentemente da assinatura de termo de compromisso, apresentar, com suas declarações, a atribuição do valor dos bens do espólio e o plano da partilha. Em suma, nota-se que essa forma de arrolamento não leva em conta acordo entre as partes interessadas, mas sim o valor dos bens inventariados.

Sobre o valor de 2.000 OTN, tendo em vista a extinção do indexador pela Lei 7.730/1989, sua quantificação em reais é de difícil quantificação. O índice é inadequado e defasado, sendo praticamente impossível saber o valor exato, como lembram Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim, que também sugerem mudança da lei para que conste o valor de 500 salários-mínimos como limite para a adoção do arrolamento em questão. Para os juristas, no ano de 2009, se seguida a Tabela de atualização do Tribunal de Justiça de São Paulo, o valor de 2.000 OTN corresponderia a R$ 38.826,41.[116]

No que toca aos procedimentos, se qualquer das partes ou o MP impugnar a estimativa anteriormente realizada pelo inventariante, o juiz nomeará um avaliador que oferecerá laudo em dez dias (art. 1.036, § 1.º, do CPC). O que se percebe é que a elaboração desse laudo diferencia o *arrolamento comum* do *arrolamento sumário*. Apresentado o laudo, o juiz, em audiência que designar, deliberará sobre a partilha, decidindo de plano todas as reclamações e mandando pagar as dívidas não impugnadas (art. 1.036, § 2.º, do CPC). Lavrar-se-á de tudo um só termo, assinado pelo juiz e pelas partes presentes (art. 1.036, § 3.º, do CPC).

Podem ser aplicadas ao *arrolamento comum*, eventualmente, as disposições antes analisadas previstas no art. 1.034 do CPC, relativamente ao lançamento, ao pagamento e à quitação da taxa judiciária e do imposto sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio. É o que preconiza o § 4.º do art. 1.036 do CPC, que aproxima as duas formas de arrolamento. Por fim, provada a quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas, o juiz julgará a partilha (art. 1.036, § 5.º, do CPC).

9.10.1.2 Do inventário extrajudicial ou por escritura pública

Como visto na edição da Lei 11.441/2007, o art. 982 do CPC recebeu a seguinte redação, já atualizada com a Lei 11.965/2009:

> "Art. 982. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial; se todos forem capazes e concordes, poderá fazer-se o inventário e a partilha por escritura pública, a qual constituirá título hábil para o registro imobiliário.
>
> § 1.º O tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por um advogado comum ou advogados de cada uma delas ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura contarão do ato notarial.
>
> § 2.º A escritura e demais atos notariais serão gratuitos àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei".

O requisito da inexistência do testamento vem sendo contestado por muitos no meio jurídico, existindo decisões de primeira instância que afastam tal elemento essencial, quando todos os herdeiros forem maiores, capazes e concordantes com a via extrajudicial.

A questão foi julgada pela 2.ª Vara de Registros Públicos da Comarca da Capital de São Paulo, tendo sido prolatada a decisão pelo magistrado Marcelo Benacchio, em abril de 2014. A dúvida havia sido levantada pelo 7.º Tabelião de Notas da Comarca da Capital, com pareceres favoráveis à dispensa do citado requisito de representante do Ministério Público e do Colégio Notarial do Brasil – Seção São Paulo; este último apoiado em entendimento do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM).

Pondera o julgador que as posições que admitem o inventário extrajudicial, em havendo testamento, "são entendimentos respeitáveis voltados à eficiente prestação do imprescindível serviço público destinado à atribuição do patrimônio do falecido aos herdeiros e legatários. Ideologicamente não poderíamos deixar de ser favoráveis a essa construção na crença da necessidade da renovação do Direito no sentido de facilitar sua aplicação e produção de efeitos na realidade social, econômica e jurídica".

Seguindo outro caminho, porém, deduz o magistrado em trechos principais de sua sentença que "não obstante, é necessário adequar a compreensão ao ordenamento jurídico conforme nossos estudos e ditames da ciência jurídica, pena da ausência de legitimidade de sua concreção no meio social. Não estamos aqui a defender um retorno ao positivismo e tampouco uma interpretação limitada em conformidade à célebre assertiva de Montesquieu: o juiz é a boca que pronuncia as sentenças da lei. (...). Diante disso, a construção e interpretação dos fundamentos da presente decisão administrativa passará pelo equilíbrio e comunicação do Direito com suas finalidades, todavia, sempre preso ao dado legislativo como emanação das opções estatais pelo fio condutor da soberania estatal. (...). Mesmo assim, modestamente, no momento, pensamos não ser possível a lavratura de inventário extrajudicial diante da presença de testamento válido. Há diversidade entre a sucessão legítima e testamentária no campo da estrutura e função de cada qual, para tanto, conforme Norberto Bobbio (*Da estrutura à função*. Barueri: Manole, 2007, p. 53), devemos indagar não apenas a estrutura ('como o direito é feito'), mas também a função ('para que o direito serve') e, nesse pensamento, vamos concluir pela diversidade estrutural e funcional das espécies de sucessão. Somente na sucessão testamentária existe um negócio jurídico a ser cumprido, o que, por si só, implica a diversidade dos procedimentos previstos em lei para atribuição dos bens do falecido. (...). Enfim, o ordenamento jurídico aproxima, determina e impõe o processamento da sucessão testamentária em unidade judicial como se depreende dos regramentos atualmente incidentes e dos institutos que cercam a sucessão testamentária; daí a razão da parte inicial do art. 982 *caput*, do Código de Processo Civil iniciar excepcionado expressamente a possibilidade de inventário extrajudicial no caso da existência de testamento independentemente da existência de capacidade e concordância de todos os interessados na sucessão; porquanto há necessidade de se aferir e cumprir (conforme os limites impostos à autonomia privada na espécie) a vontade do testador, o que não pode ser afastado mesmo concordes os herdeiros e legatários".

Com o devido respeito, o diploma legal que exige a inexistência de testamento para que a via administrativa do inventário seja possível deve ser mitigado, especialmente nos casos em que os herdeiros são maiores, capazes e concordam com esse caminho facilitado. Nos termos do art. 5.º da Lei de Introdução, o fim social da Lei 11.441/2009 é a redução de formalidades, devendo essa sua finalidade sempre guiar o intérprete do Direito.

Consigne-se, a propósito do debate, que o IBDFAM, em conjunto com entidades representativas dos cartórios, protocolou, em 16 de julho de 2014, pedido de providências junto ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para que o inventário extrajudicial seja possível mesmo quando houver testamento.

O próprio Colégio Notarial do Brasil aprovou enunciado em seu *XIX Congresso Brasileiro*, realizado entre 14 e 18 de maio do mesmo ano, estabelecendo que "é possível o inventário extrajudicial ainda que haja testamento, desde que previamente registrado em Juízo ou homologado posteriormente perante o Juízo competente". Espera-se que, em breve, o CNJ dê uma resposta positiva quanto à temática. Além disso, aguardamos que novas decisões judiciais surjam no futuro, pensando o Direito das Sucessões de outro modo, mais concreto e efetivo socialmente.

Exposta essa polêmica, pontue-se que, como ocorreu com o divórcio extrajudicial, a lei é concisa e trouxe muito pouco a respeito do tema, cabendo à doutrina e à jurisprudência sanar as dúvidas decorrentes desses institutos. Com tal intuito, a Resolução 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é de grande importância para a compreensão desse novo instituto. Vejamos os seus esclarecimentos principais, de forma detalhada:

→ É livre a escolha do tabelião para lavrar a escritura de inventário, não havendo competência territorial para tanto (art. 1.º da Resolução 35 do CNJ).

→ O inventário extrajudicial não é obrigatório, mas facultativo. Pode ser solicitada, a qualquer momento, a suspensão, pelo prazo de trinta dias, ou a desistência da via judicial, para promoção da via extrajudicial (art. 2.º da Resolução 35 do CNJ).

→ As escrituras públicas de inventário não dependem de homologação judicial e são títulos hábeis para o registro civil e o registro imobiliário, para a transferência de bens e direitos, bem como para a promoção de todos os atos necessários à materialização das transferências de bens e levantamento de valores (art. 3.º da Resolução 35 do CNJ).

→ Há gratuidade prevista para o inventário extrajudicial. Para a obtenção de tal benefício, basta a simples declaração dos interessados de que não possuem condições de arcar com os emolumentos, ainda que as partes estejam assistidas por advogado constituído (arts. 6.º e 7.º da Resolução 35 do CNJ).

→ É sempre necessária a presença de advogado, dispensada a procuração, ou de defensor público na lavratura de escritura pública de inventário extrajudicial (art. 8.º da Resolução 35 do CNJ).

→ É obrigatória a nomeação de interessado, na escritura pública de inventário e partilha, para representar o espólio, com poderes de inventariante, no cumprimento de obrigações ativas ou passivas pendentes, sem necessidade de seguir a ordem prevista no art. 990 do CPC (art. 11 da Resolução 35 do CNJ).

→ Admitem-se inventário e partilha extrajudiciais com viúvo/viúva ou herdeiros capazes, inclusive por emancipação, representados por procuração formalizada por instrumento público com poderes especiais, vedada a acumulação de

funções de mandatário e de assistente das partes (art. 12 da Resolução 35 do CNJ).

→ A escritura pública de inventário pode ser retificada desde que haja o consentimento de todos os interessados. Os erros materiais poderão ser corrigidos, de ofício ou mediante requerimento de qualquer das partes, ou de seu procurador, por averbação à margem do ato notarial ou, não havendo espaço, por escrituração própria lançada no livro das escrituras públicas e anotação remissiva (art. 13 da Resolução 35 do CNJ).

→ O recolhimento dos tributos incidentes deve anteceder a lavratura da escritura de inventário (art. 15 da Resolução 35 do CNJ).

→ É possível a promoção de inventário extrajudicial por cessionário de direitos hereditários, mesmo na hipótese de cessão de parte do acervo. Isso, desde que todos os herdeiros estejam presentes e concordes (art. 16 da Resolução 35 do CNJ).

→ Os cônjuges dos herdeiros deverão comparecer ao ato de lavratura da escritura pública de inventário e partilha quando houver renúncia ou algum tipo de partilha que importe em transmissão, exceto se o casamento se der sob o regime da separação absoluta (art. 17 da Resolução 35 do CNJ).

→ O companheiro ou companheira que tenha direito à sucessão é parte para a escritura de inventário, observada a necessidade de ação judicial se o autor da herança não deixar outro sucessor ou não houver consenso de todos os herdeiros, inclusive quanto ao reconhecimento da união estável (art. 18 da Resolução 35 do CNJ). Em casos tais, a meação do companheiro pode ser reconhecida na escritura pública, desde que todos os herdeiros e interessados na herança, absolutamente capazes, estejam de acordo (art. 19 da Resolução 35 do CNJ).

→ As partes e respectivos cônjuges devem estar, na escritura pública de inventário ou partilha, nomeados e qualificados, constando: nacionalidade, profissão, idade, estado civil, regime de bens, data do casamento, pacto antenupcial e seu registro imobiliário, número do documento de identidade, número de inscrição no CPF/MF, domicílio e residência (art. 20 da Resolução 35 do CNJ).

→ A escritura pública de inventário e partilha conterá a qualificação completa do autor da herança; o regime de bens do casamento; pacto antenupcial e seu registro imobiliário, se houver; dia e lugar em que faleceu o autor da herança; data da expedição da certidão de óbito; livro, folha, número do termo e unidade de serviço em que consta o registro do óbito; e a menção ou declaração dos herdeiros de que o autor da herança não deixou testamento e outros herdeiros, sob as penas da lei (art. 21 da Resolução 35 do CNJ).

→ Na lavratura da escritura deverão ser apresentados os seguintes documentos: a) certidão de óbito do autor da herança; b) documento de identidade oficial e CPF das partes e do autor da herança; c) certidão comprobatória do vínculo de parentesco dos herdeiros; d) certidão de casamento do cônjuge sobrevivente e dos herdeiros casados e pacto antenupcial, se houver; e) certidão de propriedade de bens imóveis e direitos a eles relativos; f) documentos necessários à comprovação da titularidade dos bens móveis e direitos, se houver; g) certidão negativa de tributos; e h) Certificado de Cadastro de Imóvel Rural – CCIR, se houver imóvel rural a ser partilhado (art. 22 da Resolução 35 do CNJ).

→ Os documentos apresentados no ato da lavratura da escritura devem ser originais ou em cópias autenticadas, salvo os de identidade das partes, que sempre serão originais (art. 23 da Resolução 35 do CNJ). A escritura pública deverá fazer menção aos documentos apresentados (art. 24).

→ É admissível a sobrepartilha por escritura pública, ainda que referente a inventário e partilha judiciais já findos, mesmo que o herdeiro, hoje maior e capaz, fosse menor ou incapaz ao tempo do óbito ou do processo judicial (art. 25 da Resolução 35 do CNJ).

→ Em havendo um só herdeiro, maior e capaz, com direito à totalidade da herança, não haverá partilha, lavrando-se a escritura de inventário e adjudicação dos bens (art. 26 da Resolução 35 do CNJ).

→ A existência de credores do espólio não impedirá a realização do inventário e partilha, ou adjudicação, por escritura pública (art. 27 da Resolução 35 do CNJ).

→ É admissível inventário negativo por escritura pública (art. 28 da Resolução 35 do CNJ). Lembre-se que o inventário negativo é feito para mostrar que o falecido e o cônjuge supérstite não tinham bens a partilhar, visando a afastar a imposição do regime da separação obrigatória de bens, diante da existência de causa suspensiva do casamento (arts.

1.523, I, e 1.641, I, do CC).

→ É vedada a lavratura de escritura pública de inventário e partilha referente a bens localizados no exterior (art. 29 da Resolução 35 do CNJ).

→ A nova lei pode ser aplicada aos casos de óbitos ocorridos antes de sua vigência, lavrando-se escrituras de inventário para as pessoas falecidas antes da lei (art. 30 da Resolução 35 do CNJ).

→ A escritura pública de inventário e partilha pode ser lavrada a qualquer tempo, cabendo ao tabelião fiscalizar o recolhimento de eventual multa, conforme previsão em legislação tributária estadual e distrital específicas (art. 31 da Resolução 35 do CNJ).

→ Por fim, o tabelião poderá se negar a lavrar a escritura de inventário ou partilha se houver fundados indícios de fraude ou em caso de dúvidas sobre a declaração de vontade de algum dos herdeiros, fundamentando a recusa por escrito (art. 32 da Resolução 35 do CNJ).

9.10.2 Da pena de sonegados

De acordo com o art. 1.992 do CC/2002, impõe-se a pena de sonegados ao herdeiro: *a)* que sonegar bens da herança, não os descrevendo no inventário quando estejam em seu poder, ou, com o seu conhecimento, estejam no poder de outrem; *b)* que os omitir na colação, a que os deva levar, ou ainda que deixar de restituí-los. Como consequência direta, o herdeiro sonegador perde o direito existente sobre tais bens. Desse modo, *sonegados* são os bens que deveriam ter sido inventariados ou trazidos à colação, mas não o foram, pois ocultados pelo inventariante ou por herdeiro. Como consequência, a *pena de sonegados* constitui uma sanção ou penalidade civil imposta para os casos de ocultação de bens da herança, gerando a perda do direito sobre os bens ocultados.

Na esteira da melhor doutrina, para a imposição de tal penalidade, exige-se a presença de dois elementos: um *objetivo* – a ocultação dos bens em si – e outro *subjetivo* – o ato malicioso do ocultador, o seu dolo, a sua intenção de prejudicar.[117] O Código de Processo Civil determina no seu art. 1.040, I, que os bens sonegados ficarão sujeitos à sobrepartilha. Aplicando tais requisitos, da jurisprudência paulista:

> "Ação de sonegados. Sobrinha e irmão da *de cujus*. Ação improcedente. Ocultação dolosa de contas-poupança no arrolamento de bens. Ocultação dolosa caracterizada. Preenchimento dos requisitos objetivo e subjetivo da sonegação. Imposição da pena de sonegados. Devolução dos valores ao espólio. Ressarcimento das despesas com a *de cujus* que serão apreciadas na sobrepartilha. Eventuais despesas com a *de cujus* que não excluem a obrigação do inventariante de declarar todos bens do espólio. Sentença reformada. Ônus da sucumbência. Recurso provido" (TJSP, Apelação com Revisão 564.366.4/8, Acórdão 2592786, Presidente Bernardes, 2.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ariovaldo Santini Teodoro, j. 06.05.2008, *DJESP* 13.06.2008).

Destaque-se que prevalece na jurisprudência o entendimento pela necessidade de prova do elemento subjetivo, ou seja, do dolo do ocultador (nessa linha de entendimento: STJ, REsp 163.195/SP, 4.ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, j. 12.05.1998, *DJU* 29.06.1998, p.

217; TJSP, Apelação com Revisão 201.564.4/3, Acórdão 3511173, Assis, 9.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Grava Brasil, j. 03.03.2009, *DJESP* 07.04.2009 e TJMG, Apelação Cível 1.0145.04.185902-9/004, Juiz de Fora, 2.ª Câmara Cível, Rel. Des. Caetano Levi Lopes, j. 30.01.2007, *DJMG* 16.02.2007). O dolo deve ser provado pela parte que o alega, por razões óbvias.

Além da perda patrimonial como pena civil, se o sonegador for o próprio inventariante, será ele removido da inventariança (art. 1.993 do CC). Para tanto, deve-se provar a sonegação ou que ele negou a existência de bens indicados. O ônus dessa prova, por óbvio, cabe a quem alega, nos termos do art. 333, I, do CPC. Em suma, percebe-se que, no caso de inventariante, a pena de sonegados é dupla.

Relativamente aos procedimentos, Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim ensinam que a sonegação deve ser arguida nos próprios autos do inventário e, "havendo apresentação do bem, serão aditadas as declarações, para o regular seguimento do processo. Mas se persistir a recusa, a controvérsia haverá de ser resolvida em vias próprias, por meio da *ação de sonegados*".[118] Como na grande maioria dos casos há uma questão de alta indagação, justifica-se a ação própria.

A ação de sonegados somente pode ser promovida pelos herdeiros ou pelos credores da herança, correndo no mesmo foro do inventário (art. 1.994 do CC). Quanto ao prazo prescricional para a sua propositura, a jurisprudência do STJ vem aplicando o prazo de 20 anos, constante do art. 177 do CC/1916, que deve ser contado da prática de cada ato irregular (STJ, REsp 279.177/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3.ª Turma, j. 04.04.2006, *DJ* 14.08.2006, p. 276). De acordo com o CC/2002, o prazo é de dez anos, pelo que consta do seu art. 205 do CC.

No que concerne à sentença que for proferida na ação de sonegados, aproveitará aos demais interessados (art. 1.994, parágrafo único, do CC). Isso faz com que os bens sonegados voltem ao monte para serem sobrepartilhados. Em casos excepcionais, não sendo possível a restituição dos bens sonegados pelo sonegador, tendo em vista que já não os tem em seu poder, este pagará a importância correspondente aos valores que ocultou mais as perdas e os danos (art. 1.995 do CC).

Para encerrar o tratamento da pena civil de sonegados, prevê o art. 1.996 do CC quais são os momentos oportunos para arguir a sonegação, ou seja, para ingressar com a ação de sonegados. Vejamos:

1.º) Quanto à sonegação praticada pelo inventariante, a alegação somente poderá ser feita depois de encerrada a descrição dos bens, com a declaração, por ele feita, de não existirem outros bens por inventariar (em regra, após as últimas declarações).

2.º) Em relação ao herdeiro, somente cabe a arguição de sonegados depois de ele declarar no inventário que não possui tais bens. Se a ação for proposta antes desses momentos, deverá ser extinta sem a resolução do mérito, por falta de interesse de agir, não estando presente uma das condições da ação (art. 267, VI, do CPC).

9.10.3 Do pagamento das dívidas

Tanto o CC/2002 quanto o CPC consagram preceitos sobre o pagamento das dívidas do falecido, e que interessam diretamente ao inventário e à partilha.

De início, dispõe o art. 1.997 do CC que a herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido. No entanto, se a partilha já tiver sido feita, só respondem os herdeiros, cada qual em proporção da parte que na herança lhe coube. De qualquer forma, vale dizer que há norma semelhante no art. 597 do CPC, segundo o qual "o espólio responde pelas dívidas do falecido; mas, feita a partilha, cada herdeiro responde por elas na proporção da parte que na herança lhe coube". Por ambos os dispositivos, os herdeiros não podem responder além das forças da herança (*ultra vires hereditatis*). Não se pode esquecer, ato contínuo, que os herdeiros têm alguns bens protegidos, caso daqueles descritos no art. 649 do CPC e do bem de família, seja *legal* (Lei 8.009/1990) ou *convencional* (arts. 1.711 a 1.722 do CC).

Enuncia o § 1.º do art. 1.997 do CC que quando, antes da partilha, for requerido no inventário o pagamento de dívidas constantes de documentos – desde que revestidos de formalidades legais, constituindo prova bastante da obrigação –, e houver impugnação, que não se funde na alegação de pagamento, acompanhada de prova valiosa, o juiz mandará reservar, em poder do inventariante, bens suficientes para a solução do débito, sobre os quais venha a recair oportunamente a execução.

Em casos tais, o credor será obrigado a iniciar a ação de cobrança no prazo de 30 dias, sob pena de tornar sem nenhum efeito a reserva dos bens (art. 1.997, § 2.º, do CC). O prazo constante do dispositivo é decadencial, de perda ou caducidade do direito. Vale dizer que o prazo não se refere à prescrição da pretensão de cobrança da dívida, cujo caráter é eminentemente patrimonial e relacionado com a ação condenatória, mas apenas quanto à reserva de bens (critério científico de Agnelo Amorim Filho).

No tocante às despesas funerárias do *de cujus*, haja ou não herdeiros legítimos, sairão do monte da herança (art. 1.998 do CC). Como exemplos, podem ser citadas as despesas com enterro, caixão, coroa de flores, velório e túmulo. Pelo mesmo comando, as despesas de *sufrágios por alma* do falecido só obrigarão a herança quando ordenadas em testamento ou codicilo. Como tais despesas entendem-se todas aquelas relacionadas com os valores gastos com missas em nome do falecido. Por essas despesas o monte só responde no caso de previsão decorrente da autonomia privada do morto.

Eventualmente, pode estar presente uma situação em que um herdeiro deve determinada quantia a outro, particularmente porque o herdeiro pagou dívida do espólio com quantia própria. Nesses casos, havendo ação regressiva de um herdeiro contra os outros, uma vez que pagou dívida comum, a parte do coerdeiro insolvente dividir-se-á proporcionalmente entre os demais (art. 1.999 do CC). Há previsão de rateio da quota do insolvente, porque o pagamento realizado por apenas um herdeiro beneficiou a todos os demais.

Ainda no tocante ao pagamento das dívidas, enuncia o art. 2.000 do CC que os legatários e os credores da herança podem exigir que do patrimônio do falecido se discrimine o do herdeiro e, em concurso com os credores do morto, serão preferidos no pagamento. Trata-se do que a doutrina denomina *separação de bens do herdeiro*, pois, como o herdeiro é titular da herança desde a abertura da sucessão, pode ocorrer dúvida quanto aos bens que compõem o seu patrimônio pessoal e aqueles que compunham o patrimônio do morto. A separação "tem o objetivo de evitar a confusão de patrimônios, e tornar discriminada a massa sobre a qual incidirá a execução dos credores e da qual sairá o pagamento dos legados. É a *separatio bonorum* do direito romano".[119]

A terminar o tratamento do pagamento das dívidas, expressa o art. 2.001 do CC que se o herdeiro for devedor ao espólio, sua dívida será partilhada igualmente entre todos. Isso, salvo se a maioria consentir que o débito seja imputado inteiramente no quinhão do devedor. O que se percebe é que a norma consagra uma espécie de compensação que, em regra, é proporcional a favor de cada um dos herdeiros restantes. Como exceção, a compensação ocorrerá somente em relação ao próprio crédito do herdeiro devedor.

No tocante aos procedimentos, dispõe o art. 1.017, *caput*, do CPC que, antes da partilha, poderão os credores do espólio requerer ao juízo do inventário o pagamento das dívidas vencidas e exigíveis. A petição do credor, acompanhada de prova literal da dívida, será distribuída por dependência e autuada em apenso aos autos do processo de inventário (art. 1.017, § 1.º, do CPC). Trata-se do *pedido de habilitação de crédito*, muito comum na prática forense, que segue as regras de jurisdição voluntária.

Concordando as partes com o pedido do credor, o juiz, ao declará-lo habilitado, mandará que se faça a separação de dinheiro ou, em sua falta, de bens suficientes para o seu pagamento (art. 1.017, § 2.º, do CPC). Separados os bens, tantos quantos forem necessários para o pagamento dos credores habilitados, o juiz mandará aliená-los em praça ou leilão, aplicando-se as regras específicas quanto à venda judicial previstas no Código Processual (art. 1.017, § 3.º, do CPC). Se o credor requerer que, em vez de dinheiro, lhe sejam adjudicados, para o seu pagamento, os bens já reservados, o juiz deferir-lhe-á o pedido, concordando todas as partes (art. 1.017, § 4.º, do CPC).

No caso da habilitação de crédito realizada por credor, não havendo concordância de todas as partes sobre o pedido de pagamento feito pelo credor, será ele remetido para os meios ordinários (art. 1.018 do CPC). A interpretação correta do dispositivo é que basta a discordância de um dos herdeiros para que surja a necessidade de uma ação específica para o pagamento da dívida.

Nesse caso de discordância, porém, o juiz do inventário mandará reservar em poder do inventariante bens suficientes para pagar o credor, desde que a dívida conste de documento que comprove suficientemente a obrigação e, ainda, que a impugnação não esteja fundada em quitação (art. 1.018, parágrafo único, do CPC). É o caso de uma *obrigação líquida* (certa quanto à existência,

determinada quanto ao valor) e *vencida*.

O credor de dívida líquida e certa, *ainda não vencida*, também pode requerer habilitação no inventário (art. 1.019 do CPC). Concordando as partes com o pedido, o juiz, ao julgar habilitado o crédito, mandará que se faça separação de bens para o futuro pagamento. Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery demonstram a diversidade dos procedimentos, particularmente quanto ao dispositivo anterior, pois "lá os bens são reservados para que se aguarde o pagamento, que os herdeiros não querem aceitar fazer; aqui os bens são reservados para que haja patrimônio para responder pela dívida que se irá vencer".[120]

Determina o art. 1.020 do CPC que o legatário, do mesmo modo, é parte legítima para manifestar-se sobre as dívidas do espólio quando toda a herança for dividida em legados ou quando o reconhecimento das dívidas importar redução dos legados. A norma se justifica pelo interesse direto do legatário nesses casos. Por fim, quanto aos procedimentos, sem prejuízo das regras específicas quanto à penhora, determina o art. 1.021 do CPC que é lícito aos herdeiros, ao separarem bens para o pagamento de dívidas, autorizar que o inventariante os nomeie à penhora no processo em que o espólio for executado.

9.10.4 Da colação ou conferência

A colação (*collatio*) é conceituada pela doutrina como sendo "uma conferência dos bens da herança com outros transferidos pelo *de cujus*, em vida, aos seus descendentes, promovendo o retorno ao monte das liberalidades feitas pelo autor da herança antes de falecer, para uma equitativa apuração das quotas hereditárias dos sucessores legitimários".[121] A matéria igualmente está tratada tanto no CC/2002 (arts. 2.002 a 2.012) quanto no CPC (arts. 1.014 a 1.016).

O conceito de colação ou conferência pode ser retirado do art. 2.002 do CC, segundo o qual: "Os descendentes que concorrerem à sucessão do ascendente comum são obrigados, para igualar as legítimas, a conferir o valor das doações que dele em vida receberam, sob pena de sonegação". O próprio comando legal disciplina a sanção para o caso de o descendente não trazer o bem à colação: *a pena civil de sonegados*, antes estudada. Dispõe o seu parágrafo único que, para o cálculo da legítima, o valor dos bens conferidos será computado na parte indisponível, sem aumentar a disponível.

A colação está justificada na possibilidade de doação do ascendente ao descendente ou mesmo entre cônjuges, implicando estas em adiantamento da legítima, conforme outrora estudado no art. 544 do CC/2002. A colação tem por fim igualar, na proporção estabelecida no próprio Código Civil, as legítimas dos descendentes e do cônjuge sobrevivente, obrigando também os donatários que, ao tempo do falecimento do doador, já não possuírem os bens doados (art. 2.003 do CC). A última norma coloca o cônjuge sobrevivente, ao lado dos descendentes, como pessoa obrigada a colacionar.

Deve ficar claro que os netos também têm o dever de colacionar, representando os seus pais, notadamente quando sucederem aos avós. Isso, ainda que não hajam herdado o que os pais teriam de conferir (art. 2.009 do CC). Em relação aos ascendentes e colaterais, estão dispensados da colação, uma vez que a lei não prevê tal dever.

O parágrafo único do art. 2.003 do CC expressa que, "se, computados os valores das doações feitas em adiantamento de legítima, não houver no acervo bens suficientes para igualar as legítimas dos descendentes e do cônjuge, os bens assim doados serão conferidos em espécie, ou, quando deles já não disponha o donatário, pelo seu valor ao tempo da liberalidade".

Interpretando o dispositivo, conforme ensina Maria Helena Diniz, nosso ordenamento jurídico adotou o sistema da *colação em substância*, pois "a mesma coisa doada em adiantamento da legítima ao descendente e ao cônjuge (arts. 544 e 2.003, parágrafo único, segunda parte, do Código Civil) deve ser trazida à colação. Se, ao tempo da abertura da sucessão por morte do doador, não houver no acervo hereditário bens suficientes para igualar a legítima, a coisa doada deverá ser conferida em espécie (TJSP, Ap. 530.150-4/9-00, Rel. Francisco Loureiro, j. 08.11.2007), e se os donatários (descendentes ou cônjuge) não mais a tiverem, deverão trazer à colação o seu valor correspondente, hipótese em que se terá a *colação ideal* (RT 697:154), ou por imputação. Tal valor é o que a coisa doada possuía ao tempo da liberalidade".[122]

No que concerne ao valor de colação dos bens doados, será aquele, certo ou estimativo, que lhes atribuir o ato de liberalidade, ou seja, quando da doação (art. 2.004, *caput*, do CC). Relativamente ao *valor estimativo*, o juiz do inventário pode nomear um perito para a sua determinação, se houver dificuldades na fixação do *quantum*. Há certa contradição entre esse último comando legal e o art. 1.014 do CPC, segundo o qual: "No prazo estabelecido no art. 1.000, o herdeiro obrigado à colação conferirá por termo nos autos os bens que recebeu ou, se já os não possuir, trar-lhes-á o valor. Parágrafo único. Os bens que devem ser conferidos na partilha, assim como as acessões e benfeitorias que o donatário fez, calcular-se-ão pelo valor que tiverem ao tempo da abertura da sucessão".

A contradição está presente, pois o CC/2002 menciona o valor do bem ao tempo da doação, enquanto o CPC expressa o momento da abertura da sucessão. A solução é apontada por Zeno Veloso, que afirma que o art. 2.004 do CC/2002 revoga o art. 1.014 do CPC.[123] Trata-se de uma questão de direito intertemporal. Desse modo, se o falecimento ocorrer antes da entrada em vigor do CC/2002, subsume-se a regra do CPC. Se o falecimento ocorrer a partir de 11 de janeiro de 2003, o CC/2002 terá incidência. Como todas as normas estão no plano da eficácia, trata-se de aplicação do art. 2.035, *caput*, do CC/2002.

Porém, em sentido contrário, apresentando solução diferente para sanar essa suposta antinomia jurídica, prevê o Enunciado n. 119 do CJF/STJ: "para evitar o enriquecimento sem causa, a colação

será efetuada com base no valor da época da doação, nos termos do *caput* do art. 2.004, exclusivamente na hipótese em que o bem doado não mais pertença ao patrimônio do donatário. Se, ao contrário, o bem ainda integrar seu patrimônio, a colação se fará com base no valor do bem na época da abertura da sucessão, nos termos do art. 1.014 do CPC, de modo a preservar a quantia que efetivamente integrará a legítima quando esta se constituiu, ou seja, na data do óbito (resultado da interpretação sistemática do art. 2.004 e seus parágrafos, juntamente com os arts. 1.832 e 884 do Código Civil)". O enunciado doutrinário merece críticas, pois em desacordo com o art. 2.035 do CC/2002, norma de direito intertemporal que serve para solucionar o conflito.

Se do ato de doação não constar valor certo, nem houver estimação feita naquela época, os bens serão conferidos na partilha de acordo com o seu valor ao tempo da liberalidade (art. 2.004, § 1.º, do CC). Só o valor dos bens doados entrará em colação (art. 2.004, § 2.º, do CC). Pelo último dispositivo, não entram na colação os valores correspondentes às benfeitorias acrescidas, as quais pertencerão ao herdeiro donatário, correndo também à conta deste os rendimentos ou lucros (frutos civis), assim como as perdas e danos que os bens sofrerem, que deverão ser suportados pelo donatário.

O art. 2.005 do CC/2002 trata da dispensa da colação das doações que saíram da parte disponível da herança. A dispensa é possível, desde que tais liberalidades não excedam essa parte disponível, ou seja, desde que não ingressem na parte da legítima, computado o seu valor ao tempo da doação. A lei presume imputada na parte disponível a liberalidade feita a descendente que, ao tempo do ato, não seria chamado à sucessão na qualidade de herdeiro necessário (art. 2.005, parágrafo único, do CC). A presunção é relativa ou *iuris tantum*, e o exemplo a ser citado é o de uma doação realizada a um neto, cujo pai, sucessor legítimo, está vivo.

Ainda no tocante à dispensa da colação, esta pode ser outorgada pelo doador em testamento, ou no próprio título de liberalidade (art. 2.006 do CC). Assim, a dispensa da colação também pode constar do próprio instrumento de doação, como decorrência da autonomia privada do doador. Para tanto, devem-se respeitar todos os requisitos de validade do negócio jurídico, extraídos do art. 104 do CC/2002.

Não virão à colação os gastos ordinários do ascendente com o descendente, enquanto menor, em sua educação, estudos, sustento, vestuário, tratamento de enfermidades, enxoval, assim como as despesas de casamento, ou as feitas no interesse de sua defesa em processo-crime (art. 2.010 do CC).

No mesmo sentido, as doações remuneratórias de serviços feitos ao ascendente também não estão sujeitas à colação (art. 2.011 do CC). As doações remuneratórias, nos termos do art. 540 do CC, não constituem ato de liberalidade, mas sim valores pagos por um serviço prestado. Se o serviço for feito pelo descendente no interesse do ascendente, não haverá necessidade de colacionar o bem doado. Ilustrando, cite-se o caso de um filho que salva a vida de seu pai que iria se afogar, e recebe uma doação por sua atitude heroica.

Encerrando o tratamento no Código Civil, enuncia o seu art. 2.012 que, sendo feita a doação por ambos os cônjuges, no inventário de cada um se conferirá por metade. No caso em questão, serão aplicadas, de forma concomitante, as regras de procedimento vistas anteriormente. Diante de sua proteção constitucional, a norma não só pode como deve ser aplicada à união estável, como defende Zeno Veloso.[124]

No campo prático e processual, se o herdeiro negar o recebimento dos bens ou a obrigação de conferi-los, o juiz, ouvidas as partes no prazo comum de cinco dias, decidirá à vista das alegações e provas produzidas (art. 1.016, *caput*, do CPC). Em havendo questão de alta indagação, haverá remessa às vias ordinárias (art. 1.016, § 2.º, do CPC). Enquanto pender essa demanda, o herdeiro não poderá receber o seu quinhão hereditário, a não ser que preste caução correspondente ao valor dos bens discutidos em juízo. Por fim, determina o CPC que, sendo declarada improcedente a oposição, se o herdeiro, no prazo improrrogável de cinco dias, não proceder à conferência, o juiz mandará sequestrar-lhe os bens sujeitos à colação, para serem inventariados e partilhados (art. 1.016, § 1.º, do CPC). Cabe, ainda, a imputação ao seu quinhão hereditário do valor desses bens, se já não os possuir.

9.10.5 Da redução das doações inoficiosas

A colação dos bens doados não se confunde com a redução da doação inoficiosa. Se for o caso de uma doação que exceda a parte que poderia ser disposta (inoficiosa), fica ela sujeita à redução, conforme o art. 2.007 do CC. O dispositivo em questão é decorrência do art. 549 do mesmo CC/2002, que considera nula a *doação inoficiosa* na parte que exceder o que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento. O instituto já foi estudado quando do Capítulo 6 deste livro. Como ele interessa ao Direito das Sucessões, é interessante repisá-lo com os devidos aprofundamentos, facilitando o trabalho do estudioso.

Repise-se que, no que concerne ao prazo para a ação de redução da doação inoficiosa, este autor filia-se ao entendimento de sua imprescritibilidade. Isso porque o caso é de nulidade absoluta que, nos termos do art. 169 do CC, não se convalesce pelo decurso do tempo. Repise-se, ademais, que como a demanda pode ser proposta a qualquer tempo, não há necessidade de se aguardar o falecimento do doador para a propositura da ação de redução.

Porém, a respeito do prazo para a demanda, há forte entendimento jurisprudencial no sentido de que, por envolver direitos patrimoniais, estaria a ação de redução sujeita ao prazo geral de prescrição (nesse sentido, ver: STJ, REsp 254.894/SP, Rel. Min. Castro Filho, 3.ª Turma, j. 09.08.2005, *DJ* 12.09.2005, p. 314 e REsp 259.406/PR, 4.ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 17.02.2005, *DJ* 04.04.2005, p. 314). Relembre-se que, na vigência do CC/1916, esse prazo

era de 20 anos. Já na vigência do CC/2002, é de dez anos (art. 205).

Pois bem, os parágrafos do art. 2.007 do CC disciplinam essa redução. O excesso será apurado com base no valor que os bens doados tinham no momento da liberalidade (§ 1.º). A redução da liberalidade far-se-á pela restituição ao monte do excesso assim apurado (§ 2.º). De início, a restituição será em espécie. Se não mais existir o bem em poder do donatário, a redução será em dinheiro, segundo o seu valor ao tempo da abertura da sucessão. Em todos os casos, preconiza a lei que devem ser observadas, no que forem aplicáveis, as regras previstas na codificação para a redução das disposições testamentárias.

Também estará sujeita à redução a parte da doação feita a herdeiros necessários que exceder a legítima e mais a quota disponível (§ 3.º). Dessa forma, um herdeiro necessário que foi beneficiado além do que deveria também pode, por óbvio, ser atingido pela redução. Por fim, sendo várias as doações a herdeiros necessários, feitas em diferentes datas, serão elas reduzidas a partir da última, até a eliminação do excesso (§ 4.º).

Além disso, enuncia o art. 2.008 do CC que aquele que renunciou à herança ou dela foi excluído deve, mesmo assim, conferir as doações recebidas, para o fim de repor o que exceder a parte disponível. Em suma, mesmo o renunciante à herança e o excluído por indignidade devem trazer à colação, no que tange à parte inoficiosa, os bens recebidos.

A doutrina majoritária entende que o dispositivo também deve incluir aquele que foi deserdado.[125] No mesmo sentido, aliás, determina o art. 1.015 do CPC que “o herdeiro que renunciou à herança ou o que dela foi excluído não se exime, pelo fato da renúncia ou da exclusão, de conferir, para o efeito de repor a parte inoficiosa, as liberalidades que houve do doador”. O § 1.º desse comando processual prevê a licitude do donatário ao escolher, entre os bens doados, tantos quantos bastem para perfazer a legítima e a metade disponível, entrando na partilha o excedente para ser dividido entre os demais herdeiros. Em casos de exceção, se a parte inoficiosa da doação recair sobre bem imóvel, que não comporte divisão cômoda, o juiz determinará que sobre ela se proceda entre os herdeiros à licitação. Em situações tais, o donatário poderá concorrer na licitação e, em igualdade de condições, preferirá aos herdeiros (art. 1.015, § 2.º, do CPC). Como se pode perceber, o dispositivo processual traz aqui um direito de preferência a favor do donatário.

Por derradeiro, não se pode confundir a redução da doação inoficiosa com a redução das disposições testamentárias, que, conforme visto, trata das cláusulas previstas em testamento que invadem a legítima, as quais só produzirão efeitos após a morte do testador. A diferença é clara, uma vez que a doação inoficiosa sujeita à redução é realizada em vida pelo falecido.

9.10.6 Da partilha

Como é notório, a partilha é o instituto jurídico pelo qual cessam a indivisibilidade e a imobilidade da herança, uma vez que os bens são divididos entre os herdeiros do falecido. Cessa com a partilha a indivisibilidade da herança, pois os bens são divididos entre os herdeiros que adquirem, pessoalmente e de forma consolidada, a propriedade dos seus bens componentes. Mais uma vez, em relação à matéria, também devem ser estudadas as regras previstas tanto no CC/2002 (arts. 2.013 a 2.022) quanto no CPC (arts. 1.022 a 1.030).

De início, dispõe o CC/2002 que o herdeiro pode sempre requerer a partilha, ainda que o testador o proíba, cabendo igual faculdade aos seus cessionários e credores (art. 2.013 do CC). Percebe-se que o direito à partilha constitui um direito do herdeiro inafastável pela vontade do testador.

Do mesmo modo, com aplicação a todas as modalidades de partilha, prevê o art. 2.017 do CC que "no partilhar os bens, observar-se-á, quanto ao seu valor, natureza e qualidade, a maior igualdade possível". Trata-se do *princípio da igualdade da partilha*, regramento fundamental para o instituto em estudo.

Também no tocante aos procedimentos de todas as espécies de partilha, os bens insuscetíveis de divisão cômoda, que não couberem na meação do cônjuge sobrevivente ou no quinhão de um só herdeiro, serão vendidos judicialmente, partilhando-se o valor apurado, a não ser que haja acordo para serem adjudicados a todos (art. 2.019, *caput*, do CC).

Contudo, não se fará a venda judicial se o cônjuge sobrevivente ou um ou mais herdeiros requererem que lhes seja adjudicado o bem, reembolsando aos outros, em dinheiro, a diferença, após avaliação atualizada (art. 2.019, § 1.º, do CC). Se a adjudicação for requerida por mais de um herdeiro, observar-se-á o processo da licitação, e aquele que pagar o melhor preço ficará com o bem disputado (art. 2.019, § 2.º, do CC).

Os herdeiros em posse dos bens da herança, o cônjuge sobrevivente e o inventariante são obrigados a trazer ao acervo os frutos que perceberam desde a abertura da sucessão (art. 2.020 do CC). Como os frutos são bens acessórios, por óbvio seguem o principal, compondo o acervo hereditário. Todavia, os herdeiros que estão com tais bens têm direito ao reembolso das despesas necessárias e úteis que fizeram, e respondem pelo dano a que, por dolo ou culpa, deram causa. O tratamento é semelhante ao *possuidor de boa-fé*, constante dos arts. 1.219 e 1.217 do CC, respectivamente.

Se parte da herança consistir em bens remotos do lugar do inventário, litigiosos, ou de liquidação morosa ou difícil, poderá proceder-se, no prazo legal, à partilha dos outros, sobre os quais não paira a dificuldade de partilha ou a litigiosidade (art. 2.021 do CC). Em casos tais, devem-se reservar aqueles bens para uma ou mais *sobrepartilhas*, sob a guarda e a administração do mesmo ou de diverso inventariante, e consentimento da maioria dos herdeiros.

Por fim, como regra geral, preconiza o CC/2002 que também ficam sujeitos à sobrepartilha os bens sonegados e quaisquer outros bens da herança de que se tiver ciência após a partilha (art. 2.022 do CC). Somente para lembrar, a sobrepartilha importa em uma nova partilha de bens, devendo ser observados os procedimentos de acordo com as espécies já comentadas.

Pois bem, a partir dos ensinamentos da melhor doutrina, e pelo que consta do CC/2002, podem ser apontadas três espécies de partilha: a *amigável* (ou extrajudicial), a *judicial* e a *em vida*.[126] Vejamos de forma pontual.

9.10.6.1 *Da partilha amigável ou extrajudicial*

A partilha será amigável quando todos os herdeiros forem capazes, fazendo-se por escritura pública, por termo nos autos do inventário ou por escrito particular, homologado pelo juiz (arts. 2.015 do CC e 1.029 do CPC). Em suma, em situações tais, não há qualquer conflito entre os herdeiros.

Repise-se que a Lei 11.411/2007, que instituiu o inventário extrajudicial, alterou a redação do art. 1.031 do CPC para fins de adequação da remissão legislativa. Isso porque o CPC fazia remissão ao art. 1.773 do CC/1916 e, com a alteração, a remissão agora é feita ao art. 2.015 do CC/2002. Frise-se que não há alteração de conteúdo e, assim, tal mudança não produz qualquer efeito prático. A partilha extrajudicial está sujeita à Resolução 35 do CNJ, conforme regras outrora expostas e estudadas.

9.10.6.2 *Da partilha judicial*

Forma de partilha que é obrigatória para os casos em que há divergência entre os herdeiros ou quando algum deles for incapaz (art. 2.016 do CC). O CPC traz procedimentos específicos. Vejamos tais regras:

→ De início, dispõe o art. 1.022 do CPC que, separados os bens para pagamento dos credores para a respectiva praça ou leilão, o juiz facultará às partes que, no prazo comum de dez dias, formulem o pedido de quinhão. Em seguida o juiz proferirá, também no prazo de dez dias, o despacho de deliberação da partilha, resolvendo os pedidos das partes e designando os bens que devem constituir quinhão de cada herdeiro e legatário.

→ Nos termos do art. 1.023 do CPC, o *partidor* – denominação dada ao agente do órgão do Poder Judiciário responsável pela organização da partilha – fará o esboço da partilha de acordo com a decisão, observando nos pagamentos a seguinte ordem: 1.º) dívidas atendidas; 2.º) meação do cônjuge; 3.º) meação disponível; 4.º) quinhões hereditários, a começar pelo coerdeiro mais velho. Feito o esboço, dirão sobre ele as partes no prazo comum de cinco dias. Resolvidas as reclamações, será a partilha lançada nos autos (art. 1.024 do CPC).

→ Enuncia o art. 1.025 do CPC que da partilha constará um auto de orçamento, que mencionará: *a)* os nomes do autor da herança, do inventariante, do cônjuge supérstite, dos herdeiros, dos legatários e dos credores admitidos; *b)* o ativo, o passivo e

o líquido partível, com as necessárias especificações; *c)* o valor de cada quinhão. De uma folha de pagamento para cada parte, declarando a quota a pagar-lhe, a razão do pagamento, a relação dos bens que lhe compõem o quinhão, as características que os individualizam e os ônus que os gravam.

→ O auto e cada uma das folhas serão assinados pelo juiz e pelo escrivão (art. 1.025, parágrafo único, do CPC). Pago o imposto de transmissão a título de morte e juntada aos autos a certidão ou a informação negativa de dívida para com a Fazenda Pública, o juiz julgará por sentença a partilha (art. 1.026 do CPC). Trata-se da *sentença homologatória da partilha*, que é passível de recurso de apelação.

→ Passada em julgado essa sentença, receberá o herdeiro os bens que lhe tocarem e um *formal de partilha*, que serve de prova da divisão dos bens, do qual constarão as seguintes peças, nos termos do art. 1.027 do CPC: I – termo de inventariante e título de herdeiros; II – avaliação dos bens que constituíram o quinhão do herdeiro; III – pagamento do quinhão hereditário; IV – quitação dos impostos; V – sentença. Vale dizer que o formal de partilha é fundamental para o registro da aquisição da propriedade imóvel, visando prová-la.

→ Se for o caso, o formal de partilha poderá ser substituído por certidão do pagamento do quinhão hereditário, quando este não exceder cinco vezes o salário mínimo vigente, na sede do juízo (art. 1.027, parágrafo único, do CPC). Em situações tais, se transcreverá na certidão a sentença de partilha transitada em julgado.

→ Ainda depois de passar em julgado a sentença homologatória, a partilha poderá ser emendada nos mesmos autos do inventário, convindo todas as partes, quando tenha havido erro de fato na descrição dos bens (art. 1.028 do CPC). Sem prejuízo disso, prevê o mesmo comando legal que o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, poderá, a qualquer tempo, corrigir-lhe as inexatidões materiais.

9.10.6.3 Da partilha em vida

Constitui a forma de partilha feita por ascendente a descendentes, por ato *inter vivos* ou de última vontade, abrangendo os seus bens de forma total ou parcial, desde que respeitados os parâmetros legais, caso da reserva da legítima (art. 2.018 do CC). Além disso, deve ser preservado o mínimo para que o estipulante viva com dignidade (*estatuto jurídico do patrimônio mínimo*), o que pode ser retirado, por exemplo, do art. 548 do CC.

Pode o testador indicar os bens e valores que devem compor os quinhões hereditários (art. 2.014 do CC). Em complemento, pode o testador deliberar o procedimento da partilha, que prevalecerá, salvo se o valor dos bens não corresponder às quotas estabelecidas. Segundo Maria Helena Diniz, essa forma de partilha facilita a fase de liquidação do inventário no processo de partilha, “homologando-se a vontade do testador que propôs uma divisão legal e razoável”.[127]

Como bem explica Zeno Veloso, a partilha em vida pode se realizar de duas maneiras. A primeira equivale a uma doação, e a divisão dos bens entre os herdeiros tem efeito imediato, antecipando o que estes iriam receber somente após a morte do ascendente (partilha-doação). A segunda é a partilha-testamento, feita no ato *mortis causa*, que só produz efeitos com a morte do ascendente e deve seguir a forma de testamento.[128]

9.10.7 Da garantia dos quinhões hereditários. A responsabilidade pela evicção

Sendo julgada a partilha no processo de inventário, cada um dos herdeiros terá direito aos bens correspondentes ao seu quinhão (art. 2.023 do CC). A norma traz como conteúdo a cessação do caráter imóvel e indivisível da herança, bem como o notório caráter declaratório da partilha.

Como efeito dessa declaração, os coerdeiros são reciprocamente obrigados a indenizar-se no caso de *evicção* dos bens aquinhoados (art. 2.024 do CC). A garantia quanto à evicção é a única prevista em relação à partilha, não havendo tratamento quanto aos vícios redibitórios, como acontece com relação aos contratos comutativos.

Como visto no Capítulo 5 desta obra, a evicção constitui a perda de uma coisa em virtude de uma decisão judicial ou de ato administrativo que a atribui a terceiro (arts. 447 a 457 do CC). Assim, também quando da partilha há uma garantia legal em relação à evicção. A norma do art. 2.024 do CC se justifica, pois a regra da responsabilidade e dos efeitos referentes à evicção é contratual e, como se sabe, os institutos de direito sucessório não recebem o mesmo tratamento que os contratos.

Eventualmente, cessa essa obrigação mútua, havendo convenção em contrário (art. 2.025 do CC). Nesse sentido, conclui-se que são aplicáveis à partilha todas as regras referentes à evicção previstas na teoria geral dos contratos em seus arts. 447 a 457 do CC (Capítulo 5 deste livro).

Pelo mesmo dispositivo sucessório, cessa a garantia legal quanto à evicção e a responsabilidade dos demais herdeiros se a perda ocorrer por culpa do evicto, ou por fato posterior à partilha. Em resumo, como se pode perceber, três são os casos em que não haverá mais a responsabilidade recíproca pela evicção:

a) Em havendo acordo entre as partes sobre exclusão dessa responsabilidade, nos termos dos arts. 448 e 449 do CC.
b) Se a perda se der por culpa exclusiva de um dos herdeiros, não respondendo os demais.
c) Se a perda da coisa se der por fato posterior à partilha, como é o caso de extravio da coisa ou usucapião.

Por fim, dispõe o art. 2.026 do CC que o evicto será indenizado pelos coerdeiros na proporção de suas quotas hereditárias. Mas, se algum dos herdeiros se achar insolvente, responderão os demais na mesma proporção pela sua parte, menos a quota que corresponderia ao indenizado.

9.10.8 Da anulação, da rescisão e da nulidade da partilha

Encerrando o livro do Direito das Sucessões, o CC/2002 trata da anulação da partilha em um único dispositivo (art. 2.027), cuja redação é a seguinte: “A partilha, uma vez feita e julgada, só é anulável pelos vícios e defeitos que invalidam, em geral, os negócios jurídicos”. Faz o mesmo, em parte, o art. 1.029, *caput*, do CPC, segundo o qual: “A partilha amigável, lavrada em instrumento público, reduzida a termo nos autos do inventário ou constante de escrito particular homologado pelo

juiz, pode ser anulada, por dolo, coação, erro essencial ou intervenção de incapaz". Em suma, a partilha só é anulável nos casos previstos no art. 171 do CC, que trata das causas da anulabilidade do negócio jurídico, quais sejam a presença de incapacidade relativa do agente, o erro, o dolo, a coação, a lesão, o estado de perigo e a fraude contra credores.

Consigne-se que o estado de perigo e a lesão não constam do CPC, pois a lei processual é anterior ao CC/2002, que introduziu essas duas novas formas de vícios do negócio jurídico. De qualquer forma, deve-se entender como é possível anular a partilha pela presença desses vícios, desde que estes ocorram na vigência da atual codificação privada, o que é aplicação do art. 2.035, *caput*, do CC/2002.

Quanto aos procedimentos, o parágrafo único do art. 2.027 do CC consagra prazo decadencial de um ano para anular a partilha. O dispositivo não trata do início da contagem do prazo, o que é elucidado pelo parágrafo único do art. 1.029 do CPC, pelo qual se decai do direito de propor ação anulatória de partilha amigável, em um ano, contado este prazo:

- No caso de coação, do dia em que ela cessou.
- No de erro ou dolo, do dia em que se realizou o ato. Tal previsão também deve ser aplicada para o estado de perigo, a lesão e a fraude contra credores.
- Quanto ao incapaz, do dia em que cessar a incapacidade.

Além dos casos de anulação da partilha analisados, o art. 1.030 do CPC trata da rescisão da partilha julgada por sentença, por motivo posterior, a saber:

- nos casos de anulação da partilha;
- se feita com preterição de formalidades legais;
- se preteriu herdeiro ou incluiu quem não o seja.

Relativamente ao prazo para essa rescisão, aplica-se o prazo decadencial de dois anos previsto para o ajuizamento de ação rescisória (arts. 485 e 495 do CPC), contados do trânsito em julgado da homologação da partilha.

Por fim, é interessante perceber que a lei silencia quanto à nulidade da partilha. Por óbvio, aqui devem ser aplicadas as regras de nulidade do negócio jurídico, previstas nos arts. 166 e 167 do CC. Como os casos de nulidade absoluta não convalescem com o tempo (art. 169 do CC), é forçoso concluir que a ação de nulidade não está sujeita à prescrição ou decadência, na linha do que foi exposto no Capítulo 2 deste livro.

---

[1] ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil*. Sucessões. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 13.

[2] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das Sucessões: introdução. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). *Direito das Sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 5.

[3] ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil anotado*. São Paulo: Método, 2005. p. 907.

[4] Assim concluindo: DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.270; VENOSA, Sílvio *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 1.624; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. Direito das Sucessões. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 7, p. 51.

[5] OLIVEIRA, Euclides de; AMORIM, Sebastião. *Inventários e partilhas*. 22. ed. São Paulo: LEUD, 2009. p. 328-329.

[6] Essa é a opinião, por todos, de: DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.305.

[7] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*. 2. ed. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2007. v. 20, p. 190.

[8] VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. 6. ed. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1.971-1.972.

[9] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.276.

[10] CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Pessoa humana e direito*. Coimbra: Almedina, 2009. A obra é coordenada pelos dois juristas, destacando os artigos de ambos. De Diogo Leite de Campos, o texto intitulado “A capacidade sucessória do nascituro (ou a crise do positivismo legalista)”. De Silmara Chinellato, ver: “Estatuto jurídico nascituro. A evolução do direito do Direito Brasileiro.”

[11] CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 165.

[12] CAHALI, Francisco José. *Direito das Sucessões*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 104.

[13] ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mario Luiz. *Código Civil anotado*. São Paulo: Método, 2005. p. 918.

[14] TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. Direito das Sucessões. 3. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 6, p. 45.

[15] VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. 6. ed. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1.979.

[16] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.280; VENOSA, Silvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 1.635; VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. 6. ed. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1.979; ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código Civil comentado*. Coord. Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003. v. XVIII, p. 120.

[17] VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. 6. ed. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1.982-1.983.

[18] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*. 2. ed. Coord. Antonio Junqueira de Azevedo São Paulo: Saraiva, 2007. v. 20, p. 138-139.

[19] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.382; CAHALI, Francisco. *Direito das Sucessões*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 78; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. Direito das Sucessões. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 7, p. 104-105.

[20] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*. 2. ed. Coord. Antonio Junqueira de Azevedo São Paulo: Saraiva, 2007. v. 20, p. 131-132.

[21] Assim entendendo: ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil anotado*. São Paulo: Método, 2005. p. 928.

[22] VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. 6. ed. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1.988.

[23] VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. 6. ed. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1.990.

[24] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. *Comentários ao Código Civil*. 2. ed. Coord. Antonio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 20, p. 148-149.

[25] Assim pensando: DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.362; VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 2.140-2.141; VENOSA, Silvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 1.766.

[26] TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. Direito das Sucessões. São Paulo: Método, 2006. v. 6, p. 91; ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil anotado*. São Paulo: Método, 2005. p. 996-997.

[27] TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. Direito das Sucessões. 3. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 6, p. 83.

[28] ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil anotado*. São Paulo: Método, 2005. p. 936.

[29] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.294.

[30] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. *Comentários ao Código Civil*. 2. ed. Coord. Antonio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 20, p. 202.

[31] CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 282-283.

[32] Ver em: CAHALI, Francisco José. *Direito das Sucessões*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 189-192; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. *Comentários ao Código Civil*. 2. ed. Coord. Antonio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 20, p. 228-229; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. Direito das Sucessões. 3. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 6, p. 285. A tabela traz os entendimentos de: Caio Mário da Silva Pereira, Christiano Cassettari, Eduardo de Oliveira Leite, Francisco Cahali, Giselda Hironaka, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Gustavo René Nicolau, Inácio de Carvalho Neto, Jorge Fujita, José Fernando Simão, Luiz Paulo Vieira de Carvalho, Maria Berenice Dias, Maria Helena Diniz, Maria Helena Braceiro Daneluzzi, Mário Delgado, Mário Roberto Carvalho de Faria, Rodrigo da Cunha Pereira, Rolf Madaleno, Sebastião Amorim, Euclides de Oliveira, Sílvio Venosa, Zeno Veloso, além do presente autor.

[33] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e Suceder*. Passado e Presente da transmissão sucessória concorrente. São Paulo: RT, 2011.

[34] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 7. p. 212.

[35] CAHALI, Francisco José. *Direito das Sucessões*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 189-192; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. *Comentários ao Código Civil*. 2. ed. Coord. Antonio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 20, p. 228-229; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. Direito das Sucessões. 3. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 6, p. 285.

[36] CAHALI, Francisco José. *Direito das Sucessões*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 189-192; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. *Comentários ao Código Civil*. 2. ed. Coord. Antonio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 20, p. 228-229; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. Direito das Sucessões. 3. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 6, p. 285.

[37] SIMÃO, José Fernando. Separação convencional, separação legal e separação obrigatória: reflexões a respeito da concorrência sucessória e o alcance do artigo 1.829, I, do CC – Recurso Especial n. 992.749/MS. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre: Magister, n. 15, ano 12, abr.-maio 2010, p. 5-19.

[38] VELOSO, Zeno. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 71-72.

[39] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 7. p. 221.

[40] VELOSO, Zeno. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 71-72.

[41] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. *Comentários ao Código Civil*. 2. ed. Coord. Antonio Junqueira de Azevedo. São

Paulo: Saraiva, 2007. v. 20, p. 235-236.

42 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 7. p. 234.

43 CAHALI, Francisco José. *Direito das Sucessões*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 189-192; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. *Comentários ao Código Civil*. 2. ed. Coord. Antonio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 20, p. 228-229; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. Direito das Sucessões. 3. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 6, p. 285.

44 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. *Comentários ao Código Civil*. 2. ed. Coord. Antonio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 20, p. 243.

45 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. *Comentários ao Código Civil*. 2. ed. Coord. Antonio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 20, p. 244.

46 Cf. VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. 6. ed. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: 2008. p. 2.022.

47 MADALENO, Rolf. Concorrência sucessória e o trânsito processual. Disponível em: <http://www.rolfmadaleno.com.br/rs/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=42>. Acesso em: 28 set. 2010.

48 TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. Direito das Sucessões. 3. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 6, p. 167.

49 FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

50 VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. 6. ed. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 2.018.

51 VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. 6. ed. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 2.026.

52 TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. Direito das Sucessões. 3. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 6, p. 275.

53 CAHALI, Francisco José. *Direito das Sucessões*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 189-192; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. *Comentários ao Código Civil*. 2. ed. Coord. Antonio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 20, p. 228-229; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. Direito das Sucessões. 3. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 6, p. 285.

54 CAHALI, Francisco José. *Direito das Sucessões*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 189-192; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. *Comentários ao Código Civil*. 2. ed. Coord. Antonio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 20, p. 228-229; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. Direito das Sucessões. 3. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 6, p. 285.

55 Ver em: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. *Comentários ao Código Civil*. 2. ed. Coord. Antonio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 20, p. 66-67; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. Direito das Sucessões. 3. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 6, p. 237.

56 CAHALI, Francisco José. *Direito das Sucessões*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 189-192; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. *Comentários ao Código Civil*. 2. ed. Coord. Antonio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 20, p. 228-229; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. Direito das Sucessões. 3. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 6, p. 285.

57 Como se extrai da tese de titularidade defendida pela autora na Universidade de São Paulo, em setembro de 2010: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Morrer e Suceder*. Passado e Presente da transmissão sucessória concorrente. São Paulo: RT, 2011. p. 447-457.

58 VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. 6. ed. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1.955.

59 OLIVEIRA, Euclides de. *Direito de herança*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 182.

[60] GAVIÃO DE ALMEIDA, José Luiz. *Código civil comentado*. Coord. Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003. v. XVIII, p. 217.

[61] CASSETTARI, Christiano. *Direito Civil*. Direito das Sucessões. Orientação: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. Coord. Christiano Cassettari e Márcia Maria Menin. São Paulo: RT, 2008. p. 104.

[62] TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. Direito das Sucessões. 3. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 6, p. 248-249.

[63] VELOSO, Zeno. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 97.

[64] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.311.

[65] Como se extrai da obra clássica de Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira, "a testamentificação é uma das faculdades resultantes do direito de propriedade" (*Tratado de direito das sucessões*. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. II, p. 404).

[66] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. t. LVI, p. 59.

[67] *Enciclopédia Saraiva de Direito*. Coordenação do Professor Rubens Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 73, p. 32.

[68] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 6, p. 175.

[69] VELOSO, Zeno. *Testamentos*. Noções gerais; formas ordinárias; codicilo; formas especiais. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/zeno_testamento.doc>. Acesso em: 31 out. 2007.

[70] ALVES, Jones Figueirêdo. *Testamento genético*. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br>. Acesso em: 9 mar. 2014.

[71] FARIA, Mário Roberto Carvalho de. Novas "Formas" de Testamento. *Revista IBDFAM* n. 10, abr. 2014, p. 14.

[72] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. t. LVI, p. 72.

[73] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. t. LVI, p. 72.

[74] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.315.

[75] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.315.

[76] VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. 6. ed. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 2.046. No mesmo sentido, por todos: DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.314.

[77] TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. Direito das Sucessões. 3. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 6, p. 306.

[78] VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. 6. ed. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 2.054.

[79] VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. 6. ed. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 2.066-2.067.

[80] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.324.

[81] VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. 6. ed. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 2.077.

[82] TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. Direito das Sucessões. 3. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 6, p. 321.

[83] VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. 6. ed. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 2.089.

[84] TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. Direito das Sucessões. 3. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 6, p. 332.

[85] VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. 6. ed. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 2.094.

[86] Sobre todo o assunto: MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e*

impenhorabilidade. 4. ed. São Paulo: RT, 2006.

[87] VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. 6. ed. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 2.034.

[88] OTERO, Marcelo Truzzi. *Justa causa testamentária*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 84.

[89] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.428.

[90] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das Sucessões*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 322-323.

[91] VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. 6. ed. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 2.116.

[92] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das Sucessões*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 335.

[93] Ver, por todos: BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Rio, 1977. v. VI. Edição Histórica. p. 902-903; OLIVEIRA, Itabaiana de. *Tratado de direito das sucessões*. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. II, p. 504-507; MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943. v. II. p. 502-507; NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre a sucessão testamentária*. Rio de Janeiro: Forense, 1957. p. 217-244; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. VI. Direito das Sucessões. p. 302-304; VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 2.156; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. 6. ed. São Paulo: Método, 2013. v. 6. Direito das Sucessões. p. 376-380.

[94] VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 2.155.

[95] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.355.

[96] Como inspiração: VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. 6. ed. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 2.126-2.127; DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.356.

[97] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 1.755.

[98] TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. Direito das Sucessões. 3. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 6, p. 383.

[99] TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. Direito das Sucessões. 3. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 6, p. 383.

[100] VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. 6. ed. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 2.146.

[101] TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. Direito das Sucessões. 3. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 6, p. 406.

[102] VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. 6. ed. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 2.149.

[103] VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. 6. ed. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 2.153.

[104] VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. 8. ed. Coord. Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 2184.

[105] ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil*. Sucessões. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 491.

[106] Ver: DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.369-1.370.

[107] VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. 6. ed. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 2.157.

[108] VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. 6. ed. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 2.159.

[109] OLIVEIRA, Euclides de; AMORIM, Sebastião. *Inventários e partilhas*. 22. ed. São Paulo: LEUD, 2009. p. 299.

[110] CAHALI, Francisco José. *Direito das Sucessões*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 357.

[111] OLIVEIRA, Euclides de; AMORIM, Sebastião. *Inventários e partilhas*. 22. ed. São Paulo: LEUD, 2009. p. 338.

[112] NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 1.017.

[113] NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 1.016.

[114] NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 1.021.

[115] OLIVEIRA, Euclides de; AMORIM, Sebastião. *Inventários e partilhas*. 22. ed. São Paulo: LEUD, 2009. p. 476.

[116] OLIVEIRA, Euclides de; AMORIM, Sebastião. *Inventários e partilhas*. 22. ed. São Paulo: LEUD, 2009. p. 521-524.

[117] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das Sucessões*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 399.

[118] OLIVEIRA, Euclides de; AMORIM, Sebastião. *Inventários e partilhas*. 22. ed. São Paulo: LEUD, 2009. p. 363.

[119] VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. 6. ed. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 2.170.

[120] NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 1.024.

[121] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.380.

[122] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.382.

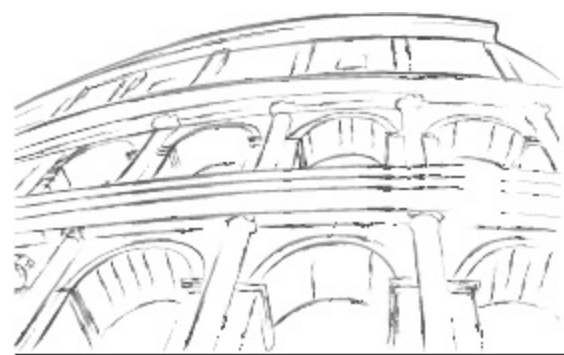
[123] VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. 6. ed. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: 2008. p. 2.176-2.177.

[124] VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. 6. ed. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: 2008. p. 2.187.

[125] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.385; VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. 6. ed. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: 2008. p. 2.183.

[126] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.386-1.388.

[127] DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.387.

[128] VELOSO, Zeno. *Comentários ao Código Civil*. Coord. Antonio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 21, p. 437.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Célia Barbosa. *Curatela e interdição civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

AGUIAR, Roger Silva. *Responsabilidade civil*. A culpa, o risco e o medo. São Paulo: Atlas, 2011.

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (Resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

———. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (Resolução)*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código Civil comentado*. Coord. Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003. v. XVIII.

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JR., Walsir Edson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *Trattado di Diritto Privado*. Obbligazione e contratti. Torino: UTET, Ristampa, 1987.

ALVES, Jones Figueirêdo. A teoria do adimplemento substancial. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005. v. 4.

———. Abuso de direito no Direito de Família. *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, 2006.

———. *Código Civil comentado*. In: FIÚZA, Ricardo; SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coords.). 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

———. "Perros" e "Osos". Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI167049,21048-Perros+e+Osos>. Acesso em: 3 maio 2013.

———. *Testamento genético*. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br>. Acesso em: 9 mar. 2014.

———; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil anotado*. São Paulo: Método, 2005.

ALVES, José Carlos Moreira. *Posse. Estudo dogmático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

AMARAL, Francisco. *Direito civil*. Introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

———. Os atos ilícitos. *O novo Código Civil*. Estudos em Homenagem a Miguel Reale. São Paulo: LTr, 2003.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *RT* 300/7 e 744/725.

ANDRADE, Darcy Bessone de Vieira. *Do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil. Reais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

———. *Direito civil*. Sucessões. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

———. *Introdução à ciência do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

———. Procriação medicamente assistida e relação de paternidade. In: HIRONAKA, Giselda; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando (Coords.). *Direito de família e das sucessões*. Temas atuais. São Paulo: Método, 2009.

ASSIS, Araken de. *Contratos nominados*. Col. Biblioteca de Direito Civil. Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale. São Paulo: RT, 2005.

ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Método, 2009.

———. Pretensão do réu em manter o contrato com modificação de suas cláusulas diante de pedido do autor de resolução por onerosidade excessiva – pedido contraposto previsto na lei material (art. 479, CC). In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo. *Reflexos do novo Código Civil no direito processual*. Salvador: JusPodivm, 2005.

ASSUNÇÃO, Alexandre Guedes A. *Código Civil comentado*. In: FIÚZA, Ricardo; SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coords.). 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família*. São Paulo: José Bushatsky, 1974.

———. *Comentários ao novo Código Civil*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. VII.

———. *Curso de direito civil*. Direito das coisas. São Paulo: Atlas, 2014.

———. *Estatuto da família de fato*. São Paulo: Atlas, 2005.

———. O novo Código Civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva – *laesio enormis*. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2004. v. II.

———. *Teoria geral das obrigações*. 8. ed. São Paulo: RT, 2000.

———. *Teoria geral do direito civil*. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2012.

———. Teoria geral das obrigações. *Responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

———. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico*. Existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

———. Os princípios do atual direito contratual e a desregulação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

———. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). *O Código Civil e sua interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

AZEVEDO JR., José Osório de. *Compra e venda. Troca ou permuta*. Col. Biblioteca de Direito Civil. Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale. São Paulo: RT, 2005.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Manual de direito civil*. Direito de família e das sucessões. São Paulo: Método, 2005. v. 4.

BARROS, Sérgio Resende de. *Contribuição dialética para o constitucionalismo*. Campinas: Millenium, 2008.

–––––. *Direitos humanos da família: principais e operacionais*. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=86>. Acesso em: 25 maio 2010.

BARROSO, Lucas Abreu. Função ambiental do contrato. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005. v. 4.

———. Hermenêutica e operabilidade do art. 1.228, §§ 4.º e 5.º do Código Civil. *Revista de Direito Privado* n. 21, jan.-mar. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: RT, 2008.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Ed. histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977. t. I.

———. *Código dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1940. v. 1.

———. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Rio, 1977. v. VI. Edição Histórica.

———. *Direito das coisas*. Coleção História do Direito Brasileiro. Brasília: Senado Federal, 2003. v. 1.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 7. ed. Brasília: UNB, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BORGES, Roxana Cardoso. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BOULOS, Daniel M. *Abuso do direito no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O culturalismo de Miguel Reale e sua expressão no novo Código Civil. In: BRANCO, Gerson Luiz

Carlos e MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

———; MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRANDELLI, Leonardo. *Aplicação do princípio da tutela da aparência jurídica ao terceiro registral imobiliário de boa-fé* : aspectos jurídicos e econômicos. Porto Alegre: UFGRS, 2013.

BRITO, Leila Torraca. *Paternidades contestadas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BRITO, Rodrigo Toscano de. Compromisso de compra e venda e as regras de equilíbrio contratual do CC/2002. In: DINIZ, Maria Helena (Coord.). *Atualidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, n. 5, 2004.

———. Estado de perigo e lesão: entre a previsão de nulidade e a necessidade de equilíbrio das relações contratuais. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005. v. IV.

BUNAZAR, Maurício. Pelas portas de Villela: um ensaio sobre a pluriparentalidade como realidade sociojurídica. *Revista IOB de Direito de Família*, n. 59, abr.-mai. 2010.

BUSSATTA, Eduardo. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAHALI, Francisco José. A Súmula 377 e o novo Código Civil e a mutabilidade do regime de bens. *Revista do Advogado*. Homenagem ao professor Silvio Rodrigues. São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo, ano XXIV, n. 76, jun. 2004.

———. *Contrato de convivência*. São Paulo: Saraiva, 2003.

———. *Direito das sucessões*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Da evicção* – aspectos materiais e processuais. *Direito contratual*. Temas atuais. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes e TARTUCE, Flávio. São Paulo: Método, 2008.

———. *Lições de direito processual civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v. II.

CAMARGO NETO, Mário de Carvalho. *Lei 12.133 de 17 de dezembro de 2009* – A Habilitação para o Casamento e o Registro Civil. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=570>. Acesso em: 12 fev. 2010.

CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Pessoa humana e Direito*. Coimbra: Almedina, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 3. reimpr. Coimbra: Almedina, 2003.

———. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. Um comentário à Lei 9.307/1996. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

CARNAÚBA, Daniel Amaral. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. A álea e a técnica. São Paulo: Método, 2013.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARVALHO NETO, Inácio de. *Curso de direito civil brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2006. v. I.

———. Incapacidade e impedimentos matrimoniais no novo Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2004. v. 2.

CASES, José Maria Trepat. *Código Civil comentado*. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça de. São Paulo: Atlas, 2003. v. VIII.

CASSETTARI, Christiano. *Direito civil*. Direito das sucessões. Orientação: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. Coord. Christiano Cassettari e Márcia Maria Menin. São Paulo: RT, 2008.

———. *Multa contratual*. teoria e prática. São Paulo: RT, 2009.

CATALAN, Marcos Jorge. *Direito dos contratos*. Direito civil. Orientação: Giselda M. F. Novaes Hironaka. In: MORRIS, Amanda Zoe e BARROSO, Lucas Abreu. São Paulo: RT, 2008. v. 3.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CERQUEIRA, Thales Tácito de Pontes Luz de Pádua. *A Lei 11.106 de 2005 e polêmicas*. Disponível em: <http://www.ammp.com.br/headerCanal.php?IdCanal=MjM&id=Mg=>. Acesso em: 6 mar. 2006.

CHINELLATO, Silmara Juny. *Código Civil interpretado*. In: CHINELLATO, Silmara Juny (Coord.). Costa Machado (Org.). 3. ed. São Paulo: Manole, 2010.

———. *Comentários ao Código Civil*. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2004. v. 18.

———. *Direito de autor e direitos da personalidade*: reflexões à luz do Código Civil. Tese para concurso de Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

———. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 1999.

———. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2001.

CHIRONI, G. P. La colpa nel diritto civile odierno. *Colpa contratualle*. 2. ed. Torino: Fatelli Bocca, 1925.

CIAN, Giorgio; TRABUCHI, Alberto. *Commentario breve al Codice Civile*. Padova: Cedam, 1992.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 2.

———. *Curso de direito comercial*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 2.

COLTRO, Antonio Carlos Mathias. *Contrato de corretagem imobiliária*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo de causalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. *Revisão judicial dos contratos*. Do CDC ao Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2007.

CZAPSKI, Aurélia L. Barros. *Código Civil interpretado*. Silmara Juny Chinellato (Coord.). 3. ed. São Paulo: Manole, s/d.

DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Morais Editora, 1961.

DELGADO, José. *A ética e a boa-fé no novo Código Civil*. In: DELGADO, Mário Luiz e ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas do novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2003.

DELGADO, Mário Luiz. A nova redação do § 6.º do art. 226 da CF/1988: por que a separação de direito continua a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro. *Separação, divórcio, partilha e inventários extrajudiciais*. Questionamentos sobre a Lei 11.441/2007. 2. ed. Coord. Antonio Carlos Mathias Coltor e Mário Luiz Delgado. São Paulo: Método, 2011.

———. Posfácio. *Introdução crítica ao Código Civil*. Org. Lucas Abreu Barroso. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

———. *Problemas de direito intertemporal no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

———; ALVES, Jones Figueirêdo. *Código Civil anotado*. São Paulo: Método, 2005.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

———. ———. 5. ed. São Paulo: RT, 2009.

DIDIER JR., Fredie. *Regras processuais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DÍEZ-PICAZO, Luís Ponce De León. *La doctrina de los propios actos*. Barcelona: Editorial Bosch, 1963.

———; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. 11. ed. Madrid: Tecnos, 2003. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de terceiros*. São Paulo: Malheiros, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

———. *Código Civil anotado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

———. *Conflito de normas*. São Paulo: Saraiva, 2003.

———. *Curso de direito civil brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 7.

———. *Curso de direito civil brasileiro*. Direito de família. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 5.

———. *Curso de direito civil brasileiro*. Direito das coisas. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4.

———. *Curso de direito civil brasileiro*. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3.

———. *Curso de direito civil brasileiro*. Teoria geral do direito civil. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

———. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2005. t. I.

———. *Lei de introdução ao Código Civil interpretada*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

———. *O estado atual do biodireito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 785.

DUARTE, Nestor. *Código Civil comentado*. Coord. Ministro Cezar Peluso. São Paulo: Manole, 2007.

DUARTE, Ronnie Preuss. A cláusula geral da boa-fé no novo Código Civil brasileiro. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2004. v. 2.

EHRDARDT JR., Marcos. *Direito civil*. LICC e parte geral. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 1.

———. *Responsabilidade civil pelo inadimplemento da boa-fé*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

ENGISCH, Karl. *Introdução do pensamento jurídico*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1964.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil*. Sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

———. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIA, Mário Roberto Carvalho de. Novas “Formas” de Testamento. *Revista IBDFAM* n. 10, abr. 2014, p. 14.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Famílias*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

———; ———. *Curso de direito civil*. Parte geral e LINDB. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. v. 1.

———; ———. *Curso de direito civil*. Reais. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

———; ———. *Direito civil*. Teoria geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

———; ———. *Direito das obrigações*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

———; ———. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Novo Código Civil comentado*. 2. ed. atual. Coord. Ricardo Fiúza. São Paulo: Saraiva, 2003.

FIUZA, Ricardo. *O novo Código Civil e as propostas de aperfeiçoamento*. São Paulo: Saraiva, 2003.

———; TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Código Civil comentado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FRADERA, Vera Jacob. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 19, 2004.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 60.

———. *Instituições de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

———. *Princípios gerais do direito*. 2. ed. São Paulo: RT, 1971.

FRANTZ, Laura Coradini. Bases dogmáticas para interpretação dos artigos 317 e 478 do novo Código Civil brasileiro. In: DELGADO, Mário Luiz e ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005. v. 4.

FROTA, Pablo Malheiros Cunha. *Responsabilidade por danos*. Imputação e nexo de causalidade. Curitiba: Juruá, 2014.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Direito civil*. Direito de família. Orientação: Giselda M. F Novaes Hironaka. São Paulo: RT, 2008. v. 7.

GAGLIANO, Pablo Stolze. A nova emenda do divórcio: primeiras reflexões. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/pablo_pecdiv.doc>. Acesso em: 13 jul. 2010.

———. Controvérsias constitucionais acerca do usucapião coletivo. *Jus Navigandi*, ano 10, n. 1.063, Teresina, 30 maio 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8318>. Acesso em: 21 jul. 2010.

———; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Parte Geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I.

———; ———. *Novo curso de direito civil*. Parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. I.

———; ———. *Novo curso de direito civil*. Parte Geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. I.

———; ———. *Novo curso de direito civil*. Parte geral. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. II.

———; ———. *Novo curso de direito civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. II.

———; ———. *Novo curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2008. v. IV, t. II.

———; ———. *Novo curso de direito civil*. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6.

———; ———. *Novo curso de direito civil*. Direito de Família. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 6.

———; ———. *Novo curso de direito civil*. Direito das sucessões. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 7.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Código das Famílias comentado*. Leonardo Barreto Moreira Alves (Coord.). Belo Horizonte:

Del Rey/IBDFAM, 2010.

———. *Direito civil*. Família. São Paulo: Atlas, 2008.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor*. 3. ed. Niterói: Impetus, 2007.

GAVIÃO DE ALMEIDA, José Luiz. *Código civil comentado*. Coord. Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003. v. XVIII.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Código Civil comentado*. Coord. Ministro Cezar Peluso. São Paulo: Manole, 2007.

———. *Código Civil interpretado*. Coord. Cezar Peluso. São Paulo: Manole, 2007.

———. *Função social do contrato*. De acordo com o novo Código Civil. (Coleção Prof. Agostinho Alvim). São Paulo: Saraiva, 2004.

———. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Atualizadores: Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. In: BRITO, Edvaldo. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

———. *Direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

———. *Direitos reais*. 19. ed. atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

———. *Obrigações*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

———. *Obrigações*. 16. ed. atual. por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil. Direito das coisas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 5.

———. *Direito civil brasileiro*. Contratos e atos unilaterais. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3.

———. *Direito civil brasileiro*. Direito das sucessões. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 7.

———. *Direito civil brasileiro*. Parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

———. Prescrição: questões relevantes e polêmicas. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas do novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2003. v. I.

———. *Responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. *A posse como direito autônomo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

GONDINHO, André Pinto da Rocha Osório. *Direitos reais e autonomia da vontade (o princípio da tipicidade dos direitos reais)* . Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GROENINGA, Giselle Câmara. Sem mais desculpas – é tempo de responsabilidade. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). *Direito das Famílias*. Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: IBDFAM-RT, 2010.

———. *Direito Civil*. Direito de Família. Orientação: Giselda M. F Novaes Hironaka. Coordenação: Aguida Arruda Barbosa e Cláudia Stein Vieira. São Paulo: RT, 2008. v. 7.

GUGLINSKI, Vitor Vilela. Danos morais pela perda do tempo útil: uma nova modalidade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3237, 12 maio 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/21753>. Acesso em: 21 set. 2013.

GURGEL, Fernanda Pessanha de Amaral. *Direito de Família e o princípio da boa-fé objetiva*. Curitiba: Juruá, 2009.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*. 2. ed. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2007. v. 20.

———. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br>. Artigos de convidados. Acesso em: 8 ago. 2005.

———. Direito das sucessões: Introdução. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito das sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

———. *Morrer e suceder*. Passado e presente da transmissão sucessória concorrente. São Paulo: Versão da Autora, 2010.

———. *Morrer e suceder*. Passado e presente da transmissão sucessória concorrente. São Paulo: RT, 2011.

———. *Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva nas relações entre pais e filhos* – Além da obrigação legal de caráter material. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br>. Acesso em: 21 maio 2010.

———. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

———; MORAES, Renato Duarte Franco de. *Direito das obrigações*. Direito civil. Orientação: Giselda M. F. Novaes Hironaka. São

Paulo: RT, 2008. v. 2.

———; TARTUCE, Flávio. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. *Direito contratual*. Temas atuais. São Paulo: Método, 2008.

———; ———; SIMÃO, José Fernando. O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal: 5 anos e 20 anos. *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. Alexandre de Moraes (Coord.). São Paulo: Atlas, 2009.

KHOURI, Paulo R. Roque. *A revisão judicial dos contratos no novo Código Civil, Código do Consumidor e Lei 8.666/1993*. São Paulo: Atlas, 2006.

KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Trad. Carlos Fernandéz Rodríguez. Granada: Comares, 2002.

———. *Derecho civil*. Parte general. Tradução e Notas de Miguel Izquierdo y Mácias-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito civil aplicado*. São Paulo: RT, 2005. v. 5.

LEVADA, Cláudio Antônio dos Santos. Fiança locatícia. In: CASCONI, Francisco Antonio e AMORIM, José Roberto Neves. *Locações*: aspectos relevantes. São Paulo: Método, 2004.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Instituições de Direito Civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

———. *Instituições de Direito Civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de direito urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

LISBOA, Roberto Senise. In: CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti, TALAVERA, Glauber Moreno, FUJITA, Jorge Shiguemitsu e SCAVONE JR., Luiz Antonio. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: RT, 2006.

———. *Manual de direito civil*. Direito de família e das sucessões. 3. ed. São Paulo: RT, 2004. v. 5.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil anotado*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Porto Alegre: Síntese, 2004.

———. *Código Civil comentado*. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). São Paulo: Atlas, 2003. v. XVI.

———. *Comentários ao Código Civil*. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 6.

———. *Direito civil*. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009.

———. Divórcio: alteração constitucional e suas consequências. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=570>. Acesso em: 12 fev. 2010.

–––––. *Do contrato estimatório e suas vicissitudes*. In: DELGADO, Mário Luiz e ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2004. v. 2.

———. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

———. *Obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

———. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. v. 1.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Comentários ao novo Código Civil*. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 7.

———. *O dano estético*. São Paulo: RT, 1980.

LORENZETTI, Ricardo Luís. *Teoria da decisão judicial*. Trad. Bruno Miragem. Com notas e revisão de Claudia Lima Marques. São Paulo: RT, 2009.

LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002. v. I.

———. *Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Código Civil comentado*. 4. ed. São Paulo: Manole, 2010.

MADALENO, Rolf. A união (ins) estável. Relações paralelas. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/Rolf_uniaoestavel.doc>. Acesso em: 21 jun. 2010.

———. Concorrência sucessória e o trânsito processual. Disponível em: <http://www.rolfmadaleno.com.br/rs/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=42>. Acesso em: 28 set. 2010.

———. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

———. *Direito de família. Aspectos polêmicos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006.

———. *Código Civil comentado*. 2. ed. Coord. Ricardo Fiuza. São Paulo: Saraiva, 2004.

———. *Código Civil comentado*. 6. ed. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008.

———. *Código Civil Comentado*. 8. ed. Coord. Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1.359.

———. *Limitações ao Direito da Propriedade*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.

MARQUES, Benedito Ferreira. *Direito agrário brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2011.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.

———. *Manual de Direito do Consumidor*. In: BENJAMIM, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. São Paulo: RT, 2007.

———; BENJAMIM, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999.

———. *Comentários ao novo Código Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V, t. I.

———. O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”. In: BRANCO, Gerson Luiz Carlos e MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943. v. II.

MAZZEI, Rodrigo Reis. A prescrição e a sua pronúncia de ofício. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2007. v. 6.

———. Abuso de direito: contradição entre o § 2.º do art. 1.228 e o art. 187 do Código Civil. In: BARROSO, Lucas Abreu (Org.). *Introdução crítica ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

———. *Direito de superfície*. Salvador: Juspodivm, 2013.

———. Litisconsórcio sucessivo: breves considerações. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; RAMOS, Glauco Gumerato; SHIMURA, Sergio (Coord.). *Atualidades do processo civil de conhecimento*. No prelo.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Prisão civil por dívida e o Pacto de San José da Costa Rica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MEIRELES, Edilton. *Abuso do direito na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2005.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. Plano da existência. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

———. *Novo Código Civil anotado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v. III, t. I.

MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. *Contratos no direito brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957. t. I.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

MENGER, Antonio. *El derecho civil y los pobres*. Trad. Adolfo Posada. Madrid: Libreria General de Victoriano Suárez, 1898.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra, t. I.

MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. Adoção, esquadrinhando o instituto à luz do sistema vigente. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br>. Acesso em: 1.º jul. 2010.

———. *Código Civil interpretado*. Coord. Silmara Juny Chinellato. 3. ed. São Paulo: Manole, 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. Direito das coisas. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.

———. *Curso de direito civil*. Direito das obrigações. 2.ª Parte. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1973.

———. *Curso de direito civil*. Direito das obrigações. 2.ª Parte. 34. ed. atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 5.

———. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1979. v. IV.

———; FRANÇA PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro. *Curso de direito civil*. Parte geral. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

———; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito civil*. Direito das coisas. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 3.

MONTEIRO DE BARROS, Flávio Augusto. *Manual de direito civil*. São Paulo: Método, 2005. v. 3.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 1. ed. 3. tir. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo* – A invasão da Constituição. São Paulo: Método, 2008. v. 7 (Coleção Professor Gilmar Mendes).

MOREIRA, Fernanda de Souza. O direito a alimentos do nascido do banco de sêmen e a legitimação passiva do doador na inseminação artificial heteróloga: uma colisão de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões*. Porto Alegre: Magister, n. 15, ano XII, abril-maio 2010, p. 30-49.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade civil no transporte aéreo*. São Paulo: Atlas, 2006.

NALIN, Paulo. *Do contrato:* conceito pós-moderno. 5. tir. Curitiba: Juruá, 2005.

NERY JR., Nelson. A base do negócio jurídico e a revisão do contrato. *Questões de direito civil e o novo Código*. São Paulo: Ministério Público. Procuradoria-Geral de Justiça: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004.

———. Compensação tributária e o Código Civil. *Direito tributário e o novo Código Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

———; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

———; ———. *Código Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.

———; ———. *Código de Processo Civil comentado*. 6. ed. São Paulo: RT, 2006.

———; ———. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006.

NEVES, Gustavo Kloh Müller. O princípio da tipicidade dos direitos reais ou a regra do *numerus clausus*. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NICOLAU, Gustavo René. Desconsideração da personalidade jurídica. In: CANEZIN, Claudete Carvalho. *Arte jurídica*. Curitiba: Juruá, 2006. v. III.

NONATO, Orosimbo. *Estudos sobre a sucessão testamentária*. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I.

———. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000.

OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. *Tratado de direito das sucessões*. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. II.

OLIVEIRA, Euclides de. A escalada do afeto no direito de família: ficar, namorar, conviver, casar. *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família do IBDFAM*. Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). São Paulo: IOB Thompson, 2006.

———. Alteração do regime de bens no casamento. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). *Questões controvertidas no novo Código* Civil. São Paulo: Método, 2003. v. 1.

———. Decisão comentada. Ministério Público na Interdição. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões*. Porto Alegre: IBDFAM-Magister, n. 00, out.-nov. 2007, p. 83.

———. *Direito de herança*. São Paulo: Saraiva, 2005.

———. *União estável* – Do concubinato ao casamento. 6. ed. São Paulo: Método, 2003.

———; AMORIM, Sebastião. *Inventários e partilhas*. 22. ed. São Paulo: LEUD, 2009.

———; HIRONAKA, Giselda M. F. N. Distinção jurídica entre união estável e concubinato. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2004. v. 3.

OLIVEIRA, Itabaiana de. *Tratado de direito das sucessões*. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. II.

OTERO, Marcelo Truzzi. *Justa causa testamentária*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. São Paulo: RT, 2008.

———. *Doação com encargo e causa contratual*. São Paulo: Milennium, 2004.

———. *Efeitos contratuais perante terceiros. São Paulo:* Quartier Latin, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. I.

———. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. VI. Direito das Sucessões.

———. *Lesão nos contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

———. *Responsabilidade civil*. De acordo com a Constituição de 1988. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Comentários ao novo Código Civil*. Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. XX.

———. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito digital*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PIVA, Rui Carvalho. *Bem ambiental*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

PODESTÁ, Fábio. Notas sobre a revisão do contrato. In: TARTUCE, Flávio e CASTILHO, Ricardo. *Direito civil. Direito patrimonial. Direito existencial*. Estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Método, 2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. t. LVI.

———. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: RT, 1974. t. II.

———. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: RT, 1974. t. III.

———. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: RT, 1974. t. IV.

———. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: RT, 1974. t. V.

PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. *Multiparentalidade*. A possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. São Paulo: RT, 1994.

REALE, Miguel. Exposição de motivos do anteprojeto do Código Civil. In: NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

———. *História do Novo Código Civil*. Biblioteca de Direito Civil. Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale. São Paulo: RT, 2005. v. 1.

———. *Lições preliminares de direito*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

———. *Questões de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 1997.

———. *Teoria tridimensional do Direito*. Situação atual. 5. ed. 5. tir. São Paulo: Saraiva, 2003.

RENTERIA, Pablo. *Obrigações de meios e de resultado*. Visão crítica. São Paulo: GEN/Método, 2011.

RIBEIRO, Benedito Silvério. *Tratado de usucapião*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.

RIOS, Roger Raupp. Adoção por casais homossexuais: admissibilidade. *Jornal Carta Forense*. São Paulo: junho de 2009. Matéria de capa. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=4233>. Acesso em: 11 nov. 2009.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

———. *Direito Civil*. Parte Geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 1.

———. *Direito civil*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.

———. *Direito civil*. Parte Geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

———. *Direito civil*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I.

———. *Direito civil*. Direito de família. 27. ed. atual. por Francisco Cahali. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6.

———. *Direito civil*. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

ROSÁRIA, Grácia Cristina Moreira do. *Perda da chance de cura na responsabilidade civil médica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROSENVALD, Nelson. *Código Civil comentado*. In: PELUSO, Cezar (Ministro). São Paulo: Manole, 2007.

———. *Dignidade humana e boa-fé*. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. *Comentários à Lei Nacional da Adoção* – Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009. São Paulo: RT, 2009.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Contratos nominados II*. Estudos em homenagem ao professor Miguel Reale. São Paulo: RT, 2006.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Emenda do Divórcio: cedo para comemorar. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=648>. Acesso em: 15 dez. 2010.

SARMENTO, Daniel. *Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e justiça social*. Livres e iguais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

———. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARTORI, Fernando. *Direito de famílias e das sucessões*. Temas atuais. A invalidade do casamento. Casamento nulo e anulável. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando (Coords.). São Paulo: Método, 2009.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006.

SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva e o adimplemento substancial. *Direito contratual*. Temas atuais. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes e TARTUCE, Flávio. São Paulo: Método, 2008.

–––––. *A proibição do comportamento contraditório*. Tutela de confiança e *venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

———. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.

———. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007.

———. O princípio da boa-fé objetiva no Direito de Família. *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, 2006.

SCHÜTZER DEL NERO, João Alberto. *Conversão substancial do negócio jurídico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: RT, 2006.

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2007.

SIMÃO, José Fernando. *De Alexandre a Luciane* – da cumplicidade pelo abandono ao abandono punido! Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=8800>. Acesso em: 18 jun. 2012.

———. *Direito civil*. Contratos. (Série Leituras Jurídicas). 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

–––––. *Efeitos patrimoniais da união estável*. Direito de Família no Novo Milênio. Estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça Azevedo. Chinellato, Simão, Fujita e Zucchi (Coords.). São Paulo: Atlas, 2010.

___________. Guarda compartilhada obrigatória. Mito ou realidade? O que muda com a aprovação do PL 117/2013. Disponível em: <www. professorsimao.com.br>. Acesso em: 28 nov. 2014.

———. Prescrição e sua alegação – Lei 11.280 e a revogação do art. 194 do Código Civil. *Jornal Carta Forense*, São Paulo, n. 34, abr. 2006.

———. Quem tem medo de dar carona? Disponível em: <www.flaviortartuce.adv.br>. Acesso em: 14 set. 2014.

———. Requisitos do erro como vício do consentimento no Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2007. v. 6.

———. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008.

———. Separação convencional, separação legal e separação obrigatória: reflexões a respeito da concorrência sucessória e o alcance do artigo 1.829, I, do CC – Recurso Especial n. 992.749/MS. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre: Magister, n. 15, ano 12, abr.-maio 2010, p. 5-19.

———. Tempo e direito civil. Prescrição e decadência. Tese apresentada à Faculdade de Direito da USP como requisito para obtenção

do título de Livre-Docente em Direito Civil. São Paulo: 2011.

———. *Vícios do produto no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2003.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. O novo art. 285-B (Lei 12.810/13) do CPC (Lei 5.869/73) e os contratos de empréstimos habitacionais. Disponível em: <www.migalhas.com.br>. Acesso em: 4 set. 2013.

TARTUCE, Fernanda. *Processo civil aplicado ao direito de família*. São Paulo: Método, 2012. p. 29.

TARTUCE, Flávio. *A situação jurídica do nascituro:* uma página a ser virada no Direito Brasileiro. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVEZ, Jones Figueirêdo (Coords.). *Questões controvertidas do Código Civil. Parte Geral*. São Paulo: Método, 2007. v. 6.

———. Considerações sobre o abuso de direito ou ato emulativo civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2004. v. 2.

———. *Direito civil*. Lei de introdução e parte geral. 11. ed. São Paulo: Método, 2015. v. 1.

———. *Direito civil*. Direito das obrigações e responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Método, 2015. v. 2.

———. *Direito civil*. Teoria geral dos contratos. 10. ed. São Paulo: Método, 2015. v. 3.

———. *Direito civil*. Direito das coisas. 7. ed. São Paulo: Método, 2015. v. 4.

———. *Direito civil*. Direito de família. 10. ed. São Paulo: Método, 2015. v. 5.

________. *Direito civil*. Direito das sucessões. 8. ed. São Paulo: Método, 2015. v. 6.

———. *Função social dos contratos*. Do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002. 2. ed. São Paulo: Método, 2007.

———. *Responsabilidade civil objetiva e risco*. A teoria do risco concorrente. São Paulo: GEN/Método, 2011.

———. Separados pelo casamento. Um ensaio sobre o concubinato, a separação de fato e a união estável. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre: Magister, n. 08, fev./mar. 2009, p. 58-67.

———. *Teoria do risco concorrente na responsabilidade objetiva*. São Paulo: Método, 2011.

———; ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. *Manual de Direito do Consumidor*. Direito material e processual. São Paulo: GEN/Método, 2012.

______; ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. *Manual de Direito do Consumidor*. Direito material e processual. 3. ed. São Paulo: GEN/Método, 2014.

———; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*. Direito das coisas. 5. ed. São Paulo: Método, 2012. v. 4.

———; ———. *Direito civil*. Direito de família. 8. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 5.

———; ———. *Direito civil*. Direito das sucessões. 6. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 6.

———; ———. *Direito Civil*. 6. ed. São Paulo: Método, 2013. v. 6.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *A Emenda Constitucional do Divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2011.

———. *Código Civil comentado*. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz T. da Silva. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Multiparentalidade como efeito da socioafetividade nas famílias recompostas. *O Direito das Famílias entra a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010.

TELLES JR., Goffredo. *Direito quântico*. 7. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. t. I.

———. *Comentários ao novo Código Civil*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. São Paulo: Forense, 2008. v. X.

———. Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. t. II.

———. Notas sobre a cláusula penal compensatória. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II.

———. Notas sobre a cláusula penal compensatória. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. III.

———. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

———. Questões controvertidas sobre o contrato de corretagem. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

———; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da*

República. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. I.

———; MORAES, Maria Celina Bodin de; BARBOZA, Heloísa Helena. *Código Civil interpretado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 1.

———; ———; ———. *Código Civil interpretado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. v. III.

———; ———; ———. *Código Civil interpretado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. v. IV.

———; SCHREIBER, Anderson. *Código Civil comentado*. Coord. Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2008. v. IV.

THEODORO JR., Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. t. I, v. III.

TOSCANO DE BRITO, Rodrigo. Função social dos contratos como princípio orientador na interpretação das arras. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2004. v. II.

TREPAT CASES, José Maria. O aval: divergência entre o que estabelece o art. 1.647, inciso III, do Código Civil e as normas do direito cambiário. *Direito de Família no novo milênio*. Estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça Azevedo. Chinellato, Simão, Fujita e Zucchi (Coords.). São Paulo: Atlas, 2010.

TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. *O contrato de seguro*: de acordo com o novo Código Civil brasileiro. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. 6. ed. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008.

———. *Código Civil comentado*. 8. ed. Coord. Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2012.

———. *Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil*. 2. ed. Belém: Unama, 2006.

———. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

———. *Invalidade do negócio jurídico*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

———. Novo casamento do cônjuge do ausente. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc.asp>. Acesso em: 11 ago. 2010.

———. O novo divórcio e o que restou do passado. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=661>. Acesso em: 14 ago. 2010.

———. Testamentos. Noções gerais; formas ordinárias; codicilo; formas especiais. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/zeno_testamento.doc>. Acesso em: 31 out. 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010.

———. *Direito civil*. Parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 1.

———. *Direito civil*. Responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: 2005. v. IV.

–––––. *Homoafetividade e o direito*. Direito de família no novo milênio. Estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça Azevedo, 2010.

VILLAÇA, Azevedo Álvaro. *Teoria Geral do Direito Civil*. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2012.

VILLELA, João Baptista. Desbiologização da paternidade. Separada da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano XXVII, n. 21 (nova fase), maio 1979.

WALD, Arnoldo. *Curso de direito civil brasileiro*. Obrigações e contratos. São Paulo: RT, 1999.

YARSHELL, Flávio Luiz. A interrupção da prescrição pela citação: confronto entre o novo Código Civil e o Código de Processo Civil. *Síntese Jornal*, Porto Alegre: Síntese, n. 75, p. 13, maio 2003.

ZANETTI, Cristiano de Souza. *Responsabilidade pela ruptura das negociações*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

———; ROBERT, Bruno. A conclusão do contrato pelo silêncio. In: TARTUCE, Flávio e CASTILHO, Ricardo. *Direito civil. Direito patrimonial. Direito existencial*. Estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Método, 2006.

ZULIANI, Ênio Santarelli. Resolução do contrato por onerosidade excessiva. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Magister, n. 40. jan.-fev./2011, p. 35.